Actes et documents de la Vingtième session
Proceedings of the Twentieth Session

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

Actes et documents

de la Vingtième session
14 au 30 juin 2005

Proceedings

of the Twentieth Session
14 to 30 June 2005

Tome II

Jugements
Judgments

Édités par le Bureau Permanent de la Conférence
Publiés par Intersentia/Cambridge – Anvers – Portland/2013

Edited by the Permanent Bureau of the Conference
Published by Intersentia/Cambridge – Antwerp – Portland/2013

ISBN 978-1-78068-168-9

Printed on acid-free paper.

© 2013 Hague Conference on Private International Law

Intersentia Publishing Ltd.
Trinity House | Cambridge Business Park | Cowley Road
Cambridge | CB4 0WZ | United Kingdom
tel.: +44 1223 393 753 | email: mail@intersentia.co.uk
<www.intersentia.com> <www.intersentia.co.uk>

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

Avis au lecteur

Le présent tome contient une sélection des documents pertinents, y compris les documents de travail et les procès-verbaux des discussions, au sujet du projet dit « des Jugements » sur lequel la Conférence de La Haye a travaillé à partir de 1992 et jusqu'à la Première partie de la Dix-neuvième session de la Conférence, tenue du 6 au 22 juin 2001. Les négociations n'ont pas permis d'aboutir à la rédaction d'une Convention.

Bien qu'il puisse sembler inhabituel de publier un tome des *Actes et documents* consacré à ce qui n'est pas devenu une Convention de La Haye, l'ampleur et la complexité des supports compilés dans cet ouvrage permettent de percevoir clairement l'importance des travaux menés dans le cadre du projet sur les Jugements. De plus, une grande partie de ce travail a jeté les bases de ce qui est devenu la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for, et de la poursuite du projet sur les Jugements, engagée depuis 2010.

Les documents directement liés au texte final de la Convention sur les accords d'élection de for, fruit de la réorientation des travaux en 2002, sont publiés dans le tome III des *Actes et documents de la Vingtième session.*

Le présent tome regroupe les documents préliminaires et documents de travail, notamment le Rapport rédigé par Catherine Kessedjian en 1997, qui a ouvert la voie à nombre des travaux menés par la suite, les rapports sur les travaux des Commissions spéciales de juin 1997 et mars 1998, ainsi qu'un certain nombre de rapports de réunions de Groupes d'experts chargés d'examiner des questions spécifiques.

Par ailleurs, ce tome contient l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999, le Rapport de la Commission spéciale rédigé par Peter Nygh et Fausto Pocar, ainsi qu'un document recueillant les observations des gouvernements et organisations internationales sur l'avant-projet de Convention et le Rapport Nygh / Pocar.

Suivent les documents de travail et les procès-verbaux de la Commission II, l'organe chargé des travaux sur le « projet des Jugements » lors de la Dix-neuvième session, en juin 2001. Enfin, le présent tome contient le Texte provisoire.

L'édition de ces *Actes et documents* a été assurée par Mme Hélène Guérin, Mme Anna Koelewijn et M. Carlo Di Nicola, sous la direction de Mme Marta Pertegás, Premier secrétaire. La qualité de la présentation et de la typographie témoigne de leur professionnalisme et de leur minutie.

Le présent ouvrage peut être commandé auprès d'Intersentia (maison d'édition) ou en librairie. Les publications de la Conférence de La Haye de droit international privé peuvent

Notice to the reader

This volume contains a selection of the relevant documents, including the working documents and minutes of discussions, pertaining to the so-called "Judgments Project" on which the Hague Conference carried out work from 1992 up to and including the First Part of the Nineteenth Session of the Conference, which took place from 6 to 22 June 2001. These negotiations did not produce a Convention.

While it may seem unusual to publish a tome of the *Proceedings* dedicated to what did not become a Hague Convention, the importance of the work accomplished on the Judgments Project is readily apparent when one considers the scope and depth of the materials collected in this volume. Furthermore, a large portion of this work constitutes the groundwork for what was to become the 2005 Convention on Choice of Court Agreements, as well as for the continuation of the Judgments Project since 2010.

The documents directly related to the final text of the Convention on Choice of Court Agreements, which resulted from a new direction taken in 2002, are published in Tome III of the *Proceedings of the Twentieth Session.*

This volume contains the preliminary documents and working documents, among which are the Report drawn up by Catherine Kessedjian in 1997 which set the stage for much of the work that followed, the reports on the work of the Special Commissions of June 1997 and March 1998, as well as a number of reports of various meetings of Experts Groups charged with specific questions.

This volume further contains the preliminary draft Convention adopted by the Special Commission of 30 October 1999, as well as the Report of the Special Commission drawn up by Peter Nygh and Fausto Pocar, and a document comprised of the comments of the governments and international organisations on the preliminary draft Convention and on the Nygh / Pocar Report.

There then follow the working documents and the minutes of Commission II, the organ charged with work on the "Judgments Project" during the Nineteenth Session in June 2001. In conclusion, this volume contains the Interim Text.

The editing of the *Proceedings* was carried out by Ms Hélène Guérin, Mrs Anna Koelewijn, and Mr Carlo Di Nicola, and co-ordinated by First Secretary Marta Pertegás. The quality of the layout and the typescript bear witness to their professionalism and attention to detail.

This volume can be ordered from the publisher, Intersentia, or through professional booksellers. The publications of the Hague Conference on Private International Law

être consultées sur le site Internet de la Conférence (à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « Publications »). Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé peut être contacté à l'adresse suivante: Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haye, Pays-Bas (télécopie: +31(70) 360 48 67, courriel: <secretariat@hcch.net>).

Le Secrétaire général
de la Conférence,

J.H.A. VAN LOON

Le Président
de la Vingtième session,

A.V.M. STRUYCKEN

can be consulted on the website of the Conference (<www.hcch.net>, under the "Publications" section). The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law can be contacted at Scheveningseweg 6, 2517 KT The Hague, Netherlands (fax: +31(70) 360 48 67, e-mail: <secretariat@hcch.net>).

The Secretary General
of the Conference,

J.H.A. VAN LOON

The President
of the Twentieth Session,

A.V.M. STRUYCKEN

Dix-neuvième session
Nineteenth Session

Travaux préliminaires
Preliminary work

Liste des Documents préliminaires[1, 2]

Liste récapitulative commentée des problèmes qui devront être discutés lors de la réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements (*Document préliminaire No 1 de mai 1994*), cf. site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civil et commerciale (*Document préliminaire No 2 de décembre 1995*), cf. *Actes et documents de la Dix-huitième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 62[3].

Note sur la question du «*forum non conveniens*» dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements (*Document préliminaire No 3 d'avril 1996*), cf. site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Note sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans la perspective d'une convention double avec examen particulier des jugements étrangers condamnant à des dommages-intérêts excessifs ou punitifs (*Document préliminaire No 4 de mai 1996*), cf. site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Un cas pour La Haye (document soumis par la délégation suisse) (*Document préliminaire No 5 de juin 1996*), cf. site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Conclusions de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civil et commerciale (*Document préliminaire No 6 d'août 1996*), cf. *Actes et documents de la Dix-huitième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 184[4].

Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Document préliminaire No 7 d'avril 1997*), *infra*, p. 12.

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Document préliminaire No 8 de novembre 1997*), *infra*, p. 80.

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Document préliminaire No 9 de mars 1998*), *infra*, p. 108.

Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé (*Document préliminaire No 10 d'octobre 1998*), *infra*, p. 144.

Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spécial le 30 octobre 1999 et Rapport établi par Peter Nygh et Fausto Pocar (*Document préliminaire No 11 d'août 2000*), *infra*, p. 190 et p. 206.

Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale, Rapport des travaux de la réunion d'Ottawa – 28 février au 1er mars 2000 (*Document préliminaire No 12 d'août 2000*), *infra*, p. 314.

Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale – Genève, 1er février 2001 (*Document préliminaire No 13 d'avril 2001*), *infra*, p. 332.

Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Document préliminaire No 14*), *infra*, p. 344.

Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens (*Document préliminaire No 15 de mai 2001*), *infra*, p. 362.

Le projet de La Haye sur les Jugements : Avancement des travaux depuis la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence d'avril 2003 (*Document préliminaire No 10 de février 2004*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matière diverses*.

Quelques réflexions sur l'état actuel des négociations du projet sur les Jugements dans le contexte du programme de travail futur de la Conférence (*Document préliminaire No 16 de février 2002*), cf. *Actes et documents de la Dix-neuvième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 428.

L'impact d'Internet sur le projet sur les Jugements : nouvelles pistes de réflexion (*Document préliminaire No 17 de février 2002*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire (*Document préliminaire No 18 de février 2002*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

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*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 10.

Rapport de la Première réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 22 au 25 octobre 2002 (*Document préliminaire No 20 de novembre 2002*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 36.

[1] La table des matières se trouve à la fin du présent tome.
[2] Certains documents figurant dans la liste des Documents préliminaires au projet sur les Jugements, mais ne présentant pas d'éléments essentiels à sa compréhension, ne sont pas reproduits ici mais peuvent être consultés sur le site Internet de la Conférence de La Haye (<www.hcch.net>).
[3] Publié comme Doc. prél. No 1 d'août 1994.
[4] Publié comme Doc. prél. No 12 d'août 1996.

List of Preliminary Documents[1, 2]

Annotated Checklist of Issues to be Discussed at the Meeting of the Special Commission on Jurisdiction and Enforcement of Judgments (*Preliminary Document No 1 of May 1994*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (*Preliminary Document No 2 of December 1995*), *cf. Proceedings of the Eighteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 63.[3]

Note on the Question of "*forum non conveniens*" in the Perspective of a Double Convention on Judicial Jurisdiction and the Enforcement of Decisions (*Preliminary Document No 3 of April 1996*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

Note on the Recognition and Enforcement of Decisions in the Perspective of a Double Convention with Special Regard to Foreign Judgments Awarding Punitive or Excessive Damages (*Preliminary Document No 4 of May 1996*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

A Case for The Hague (document submitted by the delegation of Switzerland) (*Preliminary Document No 5 of June 1996*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

Conclusions of the second Special Commission meeting on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (*Preliminary Document No 6 of August 1996*), *cf. Proceedings of the Eighteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 185.[4]

International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 7 of April 1997*), *infra*, p. 13.

Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 8 of November 1997*), *infra*, p. 81.

Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 9 of March 1998*), *infra*, p. 109.

Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law (*Preliminary Document No 10 of October 1998*), *infra*, p. 145.

Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, adopted by the Special Commission on 30 October 1999 and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar (*Preliminary Document No 11 of August 2000*), *infra*, p. 191 and p. 207.

Electronic Commerce and International Jurisdiction, Summary of Discussions of the Meeting in Ottawa – 28 February to 1 March 2000 (*Preliminary Document No 12 of August 2000*), *infra*, p. 315.

Report of the Experts Meeting on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters – Geneva, 1 February 2001 (*Preliminary Document No 13 of April 2001*), *infra*, p. 333.

Comments on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 14*), *infra*, p. 344.

Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items (*Preliminary Document No 15 of May 2001*), *infra*, p. 363.

The Hague Project on Judgments: Progress Made since the Meeting of the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference of April 2003 (*Preliminary Document No 10 of February 2004*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

Some Reflections on the Present State of Negotiations on the Judgments Project in the context of the Future Work Programme of the Conference (*Preliminary Document No 16 of February 2002*), *cf. Proceedings of the Nineteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 429.

The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future (*Preliminary Document No 17 of February 2002*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to which They Give Rise in the Context of the Interim Text (*Preliminary Document No 18 of February 2002*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 19 of August 2002*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 11.

Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 22 to 25 October 2002 (*Preliminary Document No 20 of November 2002*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 37.

[1] The table of contents appears at the end of this volume.
[2] A number of documents included in the list of Preliminary Documents for the Judgments Project are not reproduced in this tome as they do not provide essential information with regard to comprehension of the project. These documents are, however, available for consultation on the Hague Conference website (<www.hcch.net>).
[3] Published as Prel. Doc. No 1 of August 1994.
[4] Published as Prel. Doc. No 12 of August 1996.

Rapport de la Deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 6 au 9 janvier 2003 (*Document préliminaire No 21 de janvier 2003*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 54.

Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa Troisième réunion – 25 au 28 mars 2003 (*Document préliminaire No 22 de juin 2003*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 76.

La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux (*Document préliminaire No 24 de décembre 2003*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 148.

Le projet de La Haye sur les Jugements : Avancement des travaux depuis la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence d'avril 2004 (*Document préliminaire No 24 de février 2005*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la Communauté d'États indépendants (*Document préliminaire No 27 d'avril 2005*), cf. *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, p. 230.

Report on the Second Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 6 to 9 January 2003 (*Preliminary Document No 21 of January 2003*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 55.

Report on the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the Preliminary Text Achieved at its Third Meeting – 25 to 28 March 2003 (*Preliminary Document No 22 of June 2003*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 77.

The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments (*Preliminary Document No 24 of December 2003*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 149.

The Hague Project on Judgments: Progress Made since the Meeting of the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference of April 2004 (*Preliminary Document No 24 of December 2005*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

The Relationship between the Judgments Project and Certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States (*Preliminary Document No 27 of April 2005*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session*, Tome III, *Choice of Court*, p. 231.

Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

RAPPORT ÉTABLI PAR CATHERINE KESSEDJIAN
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 7 d'avril 1997

INTRODUCTION

1 Les relations juridiques privées internationales se singularisent par l'intervention de divers facteurs de complexité que ne connaissent pas les relations purement internes. Le phénomène de la frontière, déjà très sensible lorsque le juriste se penche sur la question du droit applicable, devient crucial lorsqu'il est question de déterminer le tribunal compétent pour statuer sur un litige, l'effet qui pourrait être conféré à la décision qu'il rendra et, plus généralement, toutes les questions de procédure.

2 C'est pourquoi, la Conférence de La Haye de droit international privé, parmi les axes de ses travaux, a toujours consacré une place très importante aux questions liées au droit judiciaire privé. Cette place est attestée par les nombreuses conventions qui, dès l'origine, ont eu pour thème principal ou secondaire la compétence juridictionnelle ou la procédure civile[1].

3 La liste des travaux de la Conférence sur le sujet de la reconnaissance des jugements étrangers telle que rappelée dans le Rapport explicatif de M. Charambalos N. Fragistas à la suite de la *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*[2] est impressionnante. Citons simplement pour mémoire la Convention modèle préparée au cours des Cinquième et Sixième sessions (1925 et 1928) qui a servi de modèle à de nombreuses conventions bilatérales; la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, élaborée au cours de la Huitième session (1956); la *Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*, élaborée au cours de la Huitième session (1956); la *Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*, élaborée lors de la Dixième session (1964)[3] et la *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, élaborée au cours de la Douzième session (1972)[4].

4 Quant à la question de la compétence juridictionnelle, elle a préoccupé les délégués de la Conférence à plusieurs reprises. Qu'il suffise de noter, par exemple, les vœux émis lors de la séance du 30 octobre 1951 sur la poursuite d'une étude en matière de compétence civile en cas de vente internationale ainsi que les règles d'exécution pour le cas où il y a prorogation du for, sur les propositions de M. Julliot de la Morandière[5].

5 On sait par ailleurs que les travaux en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements et en matière de for contractuel ont débuté avec la Décision votée lors de la Neuvième session de la Conférence[6] et ont abouti avec la *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* et son *Protocole additionnel*[7].

6 Malgré cette profusion de travaux au cours de l'histoire de la Conférence, aucun d'entre eux n'a réellement donné satisfaction dans les domaines autres que les relations familiales. Certaines Conventions sont certes entrées en vigueur mais avec un très petit nombre d'États comme pour la Convention Exécution de 1971 et son Protocole additionnel sur la compétence qui n'ont été ratifiés que par Chypre, les Pays-Bas et le Portugal.

7 Il nous paraît intéressant de rechercher les raisons de l'insuccès de ces Conventions et notamment de celle de 1971. Deux raisons principales ont été proposées par le Bureau Permanent dans le Document préliminaire No 17 de mai 1992: « 1) le succès de la Convention de Bruxelles (qui a beaucoup emprunté à la Convention de La Haye et a été négociée en partie par les mêmes personnes) à laquelle a fait suite la Convention de Lugano et 2) sa forme insolite et complexe: Convention, Protocole et accords bilatéraux complémentaires »[8]. La structure formelle trop complexe de la Convention Exécution de 1971 qui, avec son Protocole additionnel et sa méthode de bilatéralisation, exige en réalité des États parties la négociation systématique d'accords bilatéraux complémentaires et le caractère « flou » des points énumérés à l'article 23[9] sont certainement des écueils à éviter dans les futurs travaux entrepris par la Conférence.

8 Sans nier l'importance, peut-être décisive, de ces raisons, une autre raison de substance nous paraît devoir également expliquer l'insuccès de la Convention Exécution de 1971. Si l'on regarde les besoins des justiciables en matière de contentieux privé international, on constate que s'il est indispensable d'assurer au jugement obtenu dans un pays des effets dans un ou plusieurs autres pays, il est avant toute chose essentiel de connaître quel tribunal possède la compétence internationale pour statuer à l'origine sur le litige au fond. C'est de loin, nous semble-t-il, ce qui inquiète les justiciables. Le demandeur veut pouvoir agir rapidement, devant un for qui lui est proche, dont il connaît les règles, de manière

[1] Citons la *Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps*, texte reproduit in J. Kosters et F. Bellemans, *Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1921, p. 163 et s.; et la *Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile*, *ibid.*, p. 889 et s. portant sur la communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires, les commissions rogatoires, la caution *judicatum solvi*, l'assistance judiciaire gratuite, la contrainte par corps. A noter que cette Convention, entrée en vigueur le 27 avril 1909, remplaçait la Convention du 14 novembre 1896 (portant le même titre) et le Protocole additionnel du 22 mai 1897.

[2] *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 360 à 388, à la p. 361.

[3] Voir *Actes et documents de la Dixième session (1964)*, tome IV, *For contractuel*.

[4] Voir *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome IV, *Obligations alimentaires*.

[5] *Actes de la Septième session (1951) tenue du 9 au 31 octobre 1951*, tome I, p. 352 et 353.

[6] Acte final de la Neuvième session, partie B I, *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, tome I, *Matières diverses*, p. 313 et «Mémoire sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière patrimoniale», Doc. prél. No 1 de janvier 1962, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 9 à 20, à la p. 9.

[7] *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 348 à 504.

[8] «Quelques réflexions du Bureau Permanent sur une convention générale sur l'exécution des jugements», Doc. prél. No 17 de mai 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 230 à 238, à la p. 230, No 3.

[9] *Ibid.*, p. 232, No 6. Ce caractère trop complexe est reconnu par tous. Pour éviter cet écueil, certains promoteurs de l'idée de préparer une nouvelle convention à vocation mondiale ont suggéré qu'il serait bon de s'inspirer de la *Convention des Nations Unies du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (la Convention de New York de 1958) et produire un texte simple, bref, donnant quelques principes généraux, laissant aux tribunaux le soin de développer des règles précises. L'idée est séduisante et nous nous efforcerons d'en respecter la trame tout en signalant que, malheureusement, le contentieux international est un peu plus complexe à la fin du Vingtième siècle que ce qu'il était en 1958 et qu'il est plus compliqué d'écrire des principes sur la compétence juridictionnelle internationale que sur la validité de la clause compromissoire pour laquelle on peut se contenter d'un texte succinct.

International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

DRAWN UP BY CATHERINE KESSEDJIAN
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 7 of April 1997

INTRODUCTION

1 A feature peculiar to private international legal relations is the presence of a number of complicating factors which are absent from purely internal relations. The phenomenon of borders, which is already sensitive when lawyers have to decide which law is to apply, becomes crucial when it comes to deciding which court has jurisdiction to adjudicate in a case, what will be the effects of its decision and, in general, how to resolve the various procedural issues.

2 This is why the Hague Conference, among its various fields of work, has always accorded a place of importance to questions associated with judicial private law. This is evident from the numerous conventions in which, from the outset, the main or secondary theme is jurisdiction or civil procedure.[1]

3 The list of work prepared by the Conference on the subject of the recognition of foreign judgments, as reviewed in the Explanatory Report by Mr Charambalos N. Fragistas in connection with the *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*[2] is impressive. We need only mention the model Convention prepared during the Fifth and Sixth Sessions (1925 and 1928) which has inspired many bilateral conventions; the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children, drafted in the course of the Eighth Session (1956); the Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods, drafted during the Eighth Session (1956); the *Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*, drafted during the Tenth Session (1964)[3] and the *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, drafted during the Twelfth Session (1972).[4]

4 The experts to the Conference have focused on several occasions on the question of jurisdiction. It is sufficient to recall, for instance, that at the meeting of 30 October 1951, on a proposal by Mr Julliot de la Morandière, they decided to request a study on civil jurisdiction in international sales and on the rules for enforcement in cases of choice of jurisdiction.[5]

5 We also know that the work on recognition and enforcement of judgments and in the matter of contractual choice of court began with the Decision voted during the Ninth Session of the Conference[6] and led to the *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* and its *Supplementary Protocol*.[7]

6 Despite the abundance of studies during the lifetime of the Conference, none – except in the area of family law – has really proved satisfactory. Some of the texts prepared have come into force, but with only a small number of Contracting States, such as the 1971 Enforcement Convention and its Supplementary Protocol on Jurisdiction, which have been ratified only by Cyprus, the Netherlands and Portugal.

7 It is valuable, we think, to look for the reasons why these Conventions, especially the 1971 Convention, have proved unsuccessful. Two main reasons were put forward by the Permanent Bureau in Preliminary Document No 17 of May 1992: "(1) the success of the Brussels Convention (which built to a large extent on the Hague Convention and was negotiated in part by the same persons), followed by the Lugano Convention, and (2) its unusual, complex form: Convention, Protocol of the same date and Bilateral Supplementary Agreements".[8] The excessively complex formal structure of the 1971 Enforcement Convention which, with its Supplementary Protocol and its method of bilateralisation, actually requires States Parties to negotiate supplementary agreements, and the "indecisiveness" of the points specified in Article 23,[9] are certainly pitfalls to be avoided in the future work of the Conference.

8 Important though these reasons may be, and admittedly they may be crucial, we believe there is a further substantial reason underlying the lack of success of the 1971 Enforcement Convention. If we consider the needs of litigants in international litigation, we see that although it is vital to secure for a judgment obtained in any one country effects in one or more other countries, the first priority is to ascertain which court has international jurisdiction to adjudicate initially on the merits of the case. This, we believe, is by far the most important question for litigants. A claimant wants to be able to take action speedily, in a court close to him and whose rules are familiar to him, in order to protect the rights which

[1] For instance, the *Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps*, text reproduced in J. Kosters and F. Bellemans, *Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1921, pp. 163 *et seq.*; and the *Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile*, *ibid.*, pp. 889 *et seq.*, relating to the communication of judicial and extrajudicial documents, rogatory commissions, the *judicatum solvi* surety, free legal aid and physical constraint. It should be noted that this Convention, which came into force on 27 April 1909, replaced the Convention of 14 November 1896 (with the same title), and the Additional Protocol of 22 May 1897.

[2] *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, pp. 360-388, at p. 361.

[3] See *Actes et documents de la Dixième session (1964)*, Tome IV, *For contractuel*.

[4] See *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, Tome IV, *Obligations alimentaires*.

[5] *Actes de la Septième session (1951) tenue du 9 au 31 octobre 1951*, Tome I, pp. 352 and 353.

[6] Final Act of the Ninth Session, Part B 1, *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, Tome I, *Matières diverses*, p. 313 and "Mémoire sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière patrimoniale", Prel. Doc. No 1 of January 1962, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, pp. 9-20, p. 9.

[7] *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, pp. 348-504.

[8] "Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments", Prel. Doc. No 17 of May 1992, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 231-239, at p. 231, No 3.

[9] *Ibid.*, at p. 233, No 6. This excessive complexity is a matter of general agreement. To avoid this pitfall, some of those who advocate a new world convention have suggested that it would be useful to take as a guide the *United Nations Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (the 1958 New York Convention), and to produce a simple basic text, containing merely a few broad principles, leaving it to the courts to develop specific rules. This is an attractive idea, and we will attempt to adhere to this approach in spirit, but unfortunately we have to point out that international litigation is somewhat more complex at the end of the 20th century than it was in 1958, and that it is a more complicated business to draft principles on international jurisdiction than on the validity of the arbitration clause, for which just one article will suffice.

à protéger les droits dont il jouit ou dont il pense devoir jouir. Quant au défendeur, il ne veut pas avoir à procéder devant un for éloigné de son centre de gravité personnel ou économique et veut que ses droits à une procédure contradictoire respectant les plus stricts principes de protection des droits de la défense soient reconnus par le juge saisi. C'est donc à notre avis beaucoup plus des questions de compétence juridictionnelle directe[10] qui sont en jeu que de reconnaissance et d'exécution des jugements[11].

9 Il nous paraît indéniable que si la Convention de Bruxelles et sa sœur, la Convention de Lugano, ont eu le succès qu'elles ont connu, indépendamment de leur caractère obligatoire dans le cadre de la construction européenne[12], c'est parce qu'elles sont d'un caractère particulier par rapport aux efforts entrepris dans le cadre de la Conférence de La Haye : ce sont des conventions doubles en ce sens qu'elles règlent d'abord et avant tout la compétence juridictionnelle directe des tribunaux dans les matières qu'elles couvrent et ce, comme un préalable aux effets à donner aux jugements qui en résultent, dont il faut bien reconnaître qu'ils n'en constituent que le prolongement naturel. C'est parce que le tribunal ayant statué sur le fond du litige est compétent (généralement en vertu de la Convention, sauf erreur de la part du juge saisi), que son jugement doit, sauf exceptions limitées, recevoir effet sur le territoire de tous les autres États parties.

10 À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, dans le cadre de l'Organisation des États américains, la *Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères* (Montevideo, 8 mai 1979)[13] est une convention simple. Cette Convention est aujourd'hui en vigueur dans les pays suivants : Argentine, Brésil, Colombie, Équateur, Mexique, Paraguay, Pérou, Uruguay et Venezuela. Elle a été complétée par la *Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères* (La Paz, 24 mai 1984)[14] prévoyant des règles de compétence indirecte qui, bien que largement signée, n'a été ratifiée que par le Mexique et n'est donc pas encore entrée en vigueur.

11 Dans le cadre de l'ALENA, les États parties ont privilégié l'arbitrage pour le règlement des différends. Quant à l'ANASE, pour le moment, aucune disposition conventionnelle ne lie les États parties[15] mais un auteur a déjà recommandé qu'un projet soit entrepris qui pourrait, dans un premier temps, se limiter aux effets des jugements tout en ayant à l'esprit le « modèle » des Conventions de Bruxelles et de Lugano[16].

12 Mais on ne doit pas non plus se cacher une raison supplémentaire de l'insuccès des travaux en cette matière qui tient à la nature particulière de l'exercice. Ainsi que le rappelait M. Fragistas dans le Rapport explicatif qu'il a préparé sur la Convention Exécution de 1971 :

> « [L]a reconnaissance des jugements étrangers présuppose que l'on fasse confiance non seulement à la loi [...] que le juge étranger a appliquée, mais aussi à la capacité et à l'intégrité des juges qui ont prononcé les jugements et même aux conditions de fait dans lesquelles les procès se déroulent dans le pays d'origine du jugement. [...] Les États font grand cas de [l']origine [des jugements étrangers], c'est-à-dire du pays dans lequel ils ont été rendus. C'est à cause de cela qu'ils ne veulent pas appliquer au traitement des jugements étrangers un système égalitaire applicable sans aucune distinction aux jugements étrangers, quel que soit le pays de leur origine. »[17]

13 C'est cette même idée qui est sous-jacente aux écrits d'une partie de la doctrine lorsqu'elle affirme que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers met en cause la souveraineté des États. En réalité, ce n'est pas la reconnaissance et l'exécution en elles-mêmes qui posent problème, mais le fait, qu'implicitement, le juge requis reconnaît que le litige au fond était procéduralement « mieux » jugé par le juge d'origine que par lui-même, que le juge d'origine était donc « le plus approprié »[18]. De la même manière, on peut douter que la *comitas gentium* ou *comity* soit un fondement valable et efficace pour les décisions nationales en matière de compétence juridictionnelle internationale ou d'effets des jugements[19].

14 À cet égard, la comparaison du système mis en place pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales grâce à la Convention de New York de 1958 avec l'inexistence d'un système généralisé pour les jugements étrangers, est révélatrice. Une fois que les États ont décidé que leur souveraineté n'était pas remise en cause par l'essor d'une justice privée telle que l'arbitrage, ils se désintéressent quasi complètement du sort de la sentence rendue, en ce sens qu'elle n'est pas considérée comme pouvant porter atteinte à cette fameuse souveraineté, sauf de manière exceptionnelle au travers de considérations d'ordre public. Il est clair, par ailleurs, que l'essor très important qu'a connu l'arbitrage notamment dans le contentieux privé international en matière commerciale, est en partie dû au fait qu'aucun instrument multilatéral équivalent à la Convention de New York de 1958 n'existe pour les jugements étrangers. Or, les praticiens du commerce international reconnaissent aujourd'hui que l'arbitrage, malgré toutes les qualités qu'il comporte, n'est pas toujours le mode idéal de résolution des différends. Certains litiges, en effet, ne se prêtent pas à une procédure de résolution par l'arbitrage.

---

[10] Nous utiliserons dans ce rapport l'expression « compétence juridictionnelle directe » pour désigner la compétence du juge saisi sur l'action au fond par opposition à la « compétence juridictionnelle indirecte » qui sert seulement au contrôle par le juge requis de la compétence du juge d'origine.

[11] Les Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements (réuni à La Haye du 29 au 31 octobre 1992) vont également en ce sens. En effet, le Groupe a conclu qu'une convention double présente un certain nombre d'avantages par rapport à une convention simple. Elle permet en particulier :

« – une meilleure information des parties ainsi qu'une plus grande prévisibilité car les chefs de compétence acceptés par les États parties à la convention, et ceux qui ne le sont pas, sont énumérés. Ceci évite dans beaucoup de cas de devoir examiner les lois de chaque pays ;

– d'éviter une confusion qu'une convention simple peut soulever en raison du fait que les chefs de compétence indirecte y sont parfois compris par erreur comme limitant les chefs de compétence du tribunal d'origine à ces chefs de compétence indirecte ;

– des économies de temps et d'argent lors de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, puisqu'il est plus amplement tenu compte que dans une convention simple des conclusions établies par le tribunal d'origine ».

Cf. « Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements », Doc. prél. No 19 de novembre 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 256 à 262, à la p. 256.

[12] À dire vrai, seule la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (la Convention de Bruxelles) est obligatoire dans le cadre de la construction européenne, puisqu'elle est prévue par l'art. 220 du Traité de Rome alors que la *Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (la Convention de Lugano), qui ne constitue qu'une extension quasi identique du système de Bruxelles aux pays non Membres de l'Union européenne, ne peut être considérée comme obligatoire, même si sa ratification est hautement recommandée.

[13] UNTS No 51 OEA/Ser. A/28.

[14] UNTS No 50 OEA/Ser. A/28.

[15] Brunei Darussalam, Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour, Thaïlande, Viet Nam. Le Cambodge se joindra peut-être à l'ANASE en 1997.

[16] P.M.C. Koh, « Foreign Judgments in ASEAN – A proposal », *ICLQ* 1996 p. 844 à 860. À Singapour, un jugement étranger ne peut être reconnu par la procédure de l'enregistrement que si le pays d'origine est lié avec Singapour par un accord de réciprocité. De tels accords existent avec le Royaume-Uni, l'Irlande, Hong Kong, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, Sri Lanka, la Malaisie, les Îles Windward, le Pakistan, Brunei, la Nouvelle Guinée et l'Inde (sauf pour les états de Jammu et du Kashmir). Ils sont issus de l'extension du *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act (Cap 264, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed.)*. Pour tous les autres pays, le texte applicable est le *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act (Cap 265, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed)*.

[17] Ch.N. Fragistas (*op. cit.* note 2), p. 360.

[18] Voir aussi les déclarations de certains délégués, notamment du Japon et de l'Autriche, au cours des débats de la Première commission le 20 mai 1993, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, P.-v. No 3, 20 mai 1993, p. 328 et 329.

[19] Cf. le débat actuel parmi les Cours d'appel fédérales aux États-Unis d'Amérique (*circuit courts*) et comparer *Laker Airways c. Sabena* 731 F2d 909 (D.C. Cir. 1984) et *Gau Shan c. Bankers Trust* 956 F2d 1349 (6th Cir. 1992) avec *Kaepa* v. *Achilles* 76 F3d 624 (5th Cir. 1996), notamment. Bien que des décisions du Royaume-Uni fassent aussi référence au concept de *comity* (voir par ex. *E.I. Dupont de Nemours c. Agnew* [1987] 2 Lloyds Rep. 585), il ne semble pas que la *House of Lords* en tire véritablement de conséquences concrètes.

he enjoys or thinks he ought to enjoy. As for the defendant, he does not want to have to defend the suit in a court far away from the centre of his personal or economic interests, and he wants the court dealing with the case to uphold his right to adversarial proceedings which respect to the fullest the right of defence. In our view, therefore, the issue is much more one of direct jurisdiction[10] than of the recognition and enforcement of judgments.[11]

9 It seems beyond doubt that the Brussels Convention and its sister instrument, the Lugano Convention, have enjoyed the success they have because, regardless of their binding character in the context of "building Europe",[12] they have one common characteristic by comparison with the endeavours of the Hague Conference: they are double conventions, in the sense that they primarily regulate the direct jurisdiction of courts in the subjects with which they deal, treating this as a vital preliminary to the effects which arise from the resulting judgments; these effects, it has to be conceded, are merely the natural extension of such jurisdiction. It is because the court which rules on the merits of the case possesses jurisdiction (usually by virtue of the Convention, failing some error on the part of the court seised), that its judgment will, except in limited exceptional cases, take effect on the territory of all the other States Parties.

10 In this respect, it is useful to recall that, within the framework of the Organisation of American States, the *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards* (Montevideo, 8 May 1979)[13] is a simple convention. Today, this instrument is in force in the following countries: Argentina, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela. It was complemented by the *Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments* (La Paz, 24 May 1984)[14] providing for rules of indirect jurisdiction which, although widely signed, has only been ratified by Mexico and, thus, has not entered into force.

11 Within NAFTA, the States Parties have preferred to recommend arbitration and other alternative methods for dispute resolution. As regards ASEAN, for the time being, there is no convention binding the States Parties[15] but one author has already recommended that such a project be undertaken which, at first, could be limited to the effects of judgments although bearing in mind the "model" of the Brussels and Lugano Conventions.[16]

12 But neither should we ignore one further reason for the lack of success achieved in this area, one which has to do with the particular character of the enterprise. As Mr Fragistas pointed out in his Explanatory Report on the 1971 Enforcement Convention:

> "The recognition of foreign judgments presupposes that confidence is placed not only in the law [...] as applied by the foreign court, but also in the ability and the integrity of the judges who have handed down the judgments, and even in the factual circumstances in which proceedings are held in the country of origin of the judgment [...] States place great emphasis on the origin [of the foreign judgment], *i.e.*, of the country in which it was delivered. This is why they are reluctant to apply to the treatment of foreign judgments an egalitarian system which would apply without distinction to all foreign judgments, from whichever country they originate."[17]

13 The same idea underlies some of the literature on this topic, when asserting that the recognition and enforcement of foreign judgments impinges on State sovereignty. In fact, it is not the recognition and enforcement themselves which cause the difficulty, but the fact that the court addressed implicitly recognises that the merits of the case were "better" adjudicated, in a procedural sense, by the court of origin, and hence that court was "more appropriate".[18] By the same token, one may doubt that *comitas gentium* or comity is a valid and efficient basis for national decisions in matters relating to international jurisdiction or to the effects of judgments.[19]

14 In this connection, it is revealing to compare the system set up for the recognition and enforcement of arbitral awards by the 1958 New York Convention with the lack of a generalised system for foreign judgments. Once States have decided that their sovereignty is not under threat from the growth in forms of private justice such as arbitration, they lose virtually all interest in the outcome of the award, in the sense that it is not considered liable to impinge on this celebrated sovereignty unless, exceptionally, through considerations of public policy. Moreover, it is clear that the very significant expansion of arbitration, especially in international litigation in commercial cases, is partly due to the fact that there is no multilateral instrument for foreign judgments akin to the 1958 New York Convention. However, modern-day practitioners of international trade admit that arbitration, despite all its positive features, is not always the ideal method of settling disputes; some cases do not lend themselves to arbitration procedure.

[10] In this report we use the expression "direct jurisdiction" to refer to the jurisdiction of a court adjudicating the merits of a case, as opposed to "indirect jurisdiction", which is used only where a court has to ascertain whether the court of origin had jurisdiction.

[11] The Conclusions of the Working Group on enforcement of judgments (which met in The Hague from 29 to 31 October 1992) also point in this direction. The Group concluded that a "double" convention has certain advantages by comparison with a single instrument. Such a convention:

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

Cf. "Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments", Prel. Doc. No 19 of November 1992, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 257-263, at p. 257.

[12] In actual fact, only the *Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the Brussels Convention) is binding in the framework of the European design, since it is contemplated in advance in Art. 220 of the Treaty of Rome, whereas the *Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the Lugano Convention), which is merely an extension of that instrument to non-Member countries of the European Union, and is virtually identical to it, cannot be regarded as binding, although its ratification is strongly recommended.

[13] UNTS No 51 OEA/Ser. A/28.

[14] UNTS No 50 OEA/Ser. A/28.

[15] Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand and Viet Nam. Cambodia will possibly join ASEAN in 1997.

[16] P.M.C. Koh, "Foreign Judgments in ASEAN – A Proposal", *ICLQ* 1996, pp. 844-860. In Singapore, a foreign judgment can only be recognised through registration if the country of origin is bound with Singapore by a reciprocal agreement. Such agreements exist with the United Kingdom, Ireland, Hong Kong, Australia, New Zealand, Sri Lanka, Malaysia, Windward Islands, Pakistan, Brunei, New Guinea and India (except for the states of Jammu and Kashmir). These agreements are an extension of the *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act* (*Cap 264, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed.*). For all other countries, the applicable text is the *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgements Act (Cap 265, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed.*).

[17] Ch.N. Fragistas (*op. cit.* note 2), p. 360, translation by the Permanent Bureau.

[18] See also the statements by some experts, including those from Japan and Austria, during the debates in the First Commission on 20 May 1993, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, Minutes No 3, 20 May 1993, pp. 328-329.

[19] See the present controversy among Circuit Courts in the United States of America and compare *Laker Airways v. Sabena* 731 F2d 909 (D.C. Cir. 1984) and *Gau Shan v. Bankers Trust* 956 F2d 1349 (6th Cir. 1992) with *Kaepa v. Achilles* 76 F3d 624 (5th Cir. 1996), notably. Although certain decisions in the United Kingdom also refer to the concept of *comity* (for example, *E.I. Dupont de Nemours v. Agnew* [1987] 2 Lloyds Rep. 585), it would seem that the House of Lords has not drawn any specific conclusions from that concept.

15 Les juridictions nationales conservent donc un rôle très important dans les relations privées internationales. Les plaideurs doivent pouvoir prévoir, avec une certitude importante, le tribunal compétent pour statuer sur le litige à naître ou déjà né. Ils doivent également pouvoir bénéficier de tous les degrés de juridiction ouverts sur le territoire du pays dans lequel le jugement a été rendu sur le fond, mais ils doivent ensuite pouvoir bénéficier des effets de ce jugement, dans d'autres États si nécessaire, et sans avoir à recommencer une procédure lourde et complexe. Comme disent les juristes de *common law*, chaque personne a le droit d'avoir son «*day in court*»; mais une fois que ce droit a été exercé devant une juridiction donnée, ce justiciable ne doit pas être autorisé à recommencer un nouveau procès, fût-ce devant une juridiction d'un État étranger. Il en va de l'économie des fonds publics de plus en plus limités et d'une saine administration de la justice qui ne doit pas s'arrêter aux frontières territoriales des États, chacun faisant face aux mêmes difficultés d'organisation efficace (en temps et en coût) du service public de la justice[20].

16 C'est la raison pour laquelle il est utile de tenter de remettre l'ouvrage sur le chevalet pour dessiner une nouvelle convention multilatérale à cet effet. Les besoins du commerce international, l'interrelation croissante des opérations économiques internationales et leur plus grande complexité par rapport à la situation existante il y a 30 ans, appellent une nouvelle organisation du contentieux privé international que l'arbitrage ne peut à lui seul fournir. De surcroît, la survenance de plus en plus fréquente d'actions de masse en matière de responsabilité du fait des produits, d'environnement ou bancaire, pour ne citer que quelques exemples parmi beaucoup d'hypothèses, appellent des solutions véritablement internationales. Il n'est pas rare, en effet, que plusieurs tribunaux soient appelés à statuer en même temps sur des actions multiples issues des mêmes faits ou actes juridiques. De la même manière, certaines juridictions ont développé une compréhension extensive de leur compétence internationale. Pour faire face à ces situations, une norme juridique créée collectivement par les États réunis au sein de la Conférence de La Haye apparaît la plus adéquate.

17 L'origine des efforts actuels entrepris par la Conférence de La Haye de droit international privé tient dans une proposition faite par les États-Unis d'Amérique dans la lettre du *Legal Adviser* en date du 5 mai 1992 rappelée par le Bureau Permanent dans le Document préliminaire No 17 de mai 1992[21]. Cette proposition a été discutée lors de la réunion de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence qui s'est réunie du premier au 4 juin 1992, à l'issue de laquelle il a été décidé de former un Groupe de travail réduit qui s'est réuni à La Haye du 29 au 31 octobre 1992[22].

18 Le Groupe a reconnu unanimement qu'il était souhaitable d'essayer de négocier, au sein de la Conférence de La Haye, une convention multilatérale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements[23]. Le Groupe a aussi reconnu qu'une convention simple, comme la Convention Exécution de 1971, serait insuffisante[24], même si, dans le contexte plus vaste de la Conférence, une convention double[25] complète lui est apparue comme trop ambitieuse et qu'il a donc émis une «préférence pour une convention qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en ayant une plus grande flexibilité que ne le fait une convention du type de Bruxelles / Lugano»[26].

19 Les points suivants ont été discutés par le Groupe de travail, dont on peut résumer ainsi les Conclusions:

– la Convention devrait être double mais avec éventuellement la possibilité de prévoir une liste blanche non exhaustive (convention mixte)[27], système qui a eu la préférence du Groupe de travail;

– l'État requis serait autorisé à contrôler les chefs de compétence;

– le champ d'application doit être limité aux matières civiles et commerciales mais cette notion doit être précisée. Il est possible que les questions relatives à l'état des personnes soient exclues;

– un certain nombre de chefs de compétence ont été passés en revue en suivant peu ou prou la Convention de Bruxelles comme modèle. De la même manière, les chefs de compétence exclus ont été passés en revue selon la liste que l'on trouve dans la Convention de Bruxelles. Une attention toute particulière a été portée au chef de compétence appelé en anglais *doing business* et que l'on pourrait traduire par «entreprendre des activités commerciales»[28]. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur le point de savoir si ce chef de compétence devait ou non être inclus dans la liste des compétences exorbitantes dont l'usage serait interdit dans le cadre de la Convention[29].

20 Après une discussion complète et fort intéressante qui eu lieu au sein de la Première commission[30], la Dix-septième session de la Conférence a décidé d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Conférence la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Elle a demandé au Secrétaire général d'instituer, dès que possible, une Commission spéciale chargée:

> «– d'étudier plus avant les problèmes soulevés par l'élaboration d'une nouvelle convention sur la base d'un document préparé par le Bureau Permanent et tenant compte des discussions de la Dix-septième session,
>
> – d'émettre des propositions relatives aux travaux qui pourraient être entrepris,
>
> – de suggérer un calendrier des travaux»[31].

[20] Voir à cet égard le Rapport de Lord Woolf du 26 juillet 1996, «Access to Justice», sur les réformes nécessaires à entreprendre au Royaume-Uni, information tirée de la lettre d'information de Herbert Smith de décembre 1996. Il suffit de noter ici que la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que huit ans et huit mois pour qu'un procès trouve sa solution (première instance à cassation inclus) est un délai trop long qui viole les principes de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Cf. *Duclos c. France*, arrêt No 723 du 17.12.1996. Sur cette question, voir *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

[21] *Op. cit.* note 8, p. 230.

[22] Voir «Recommandations et décisions de la Commission spéciale» de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 254.

[23] Voir les Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements (*op. cit.* note 11), p. 256.

[24] *Ibid.* On entend par «convention simple» une convention qui se borne à prévoir des dispositions en matière d'effet des jugements. Dans ce type de conventions, les règles de compétence éventuellement prévues sont de nature «indirecte».

[25] Une convention «double» comprend une partie consacrée à la compétence juridictionnelle directe et une partie aux effets des jugements. Cette seconde partie ne contient plus de chefs de compétence indirecte, puisque le contrôle de la compétence du juge d'origine, s'il est prévu, se fera au moyen des chefs de compétence directe prévus par la première partie de la convention.

[26] *Ibid.*, p. 258. Les Conclusions du Groupe de travail sur cette question sont résumées de manière plus tranchée («*the Conference should aim to adopt a 'mixed convention'* [...]») lors de la séance de la Commission I réunie au cours de la Dix-septième session. Cf. P.-v. No 3, 20 mai 1993, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 327.

[27] La liste «blanche» ou «verte» comprend tous les chefs de compétence directe autorisés par la Convention. Elle s'oppose à la liste «noire» ou «rouge» comprenant les chefs de compétence prohibés. Lorsqu'une convention est dite «mixte», elle autorise les États contractants, dans les conditions qu'elle définit, à utiliser d'autres critères de compétence que ceux prévus à la liste verte. Les conséquences de l'utilisation de ces compétences se font sentir lors de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement qui en est issu, puisqu'il ne bénéficiera pas automatiquement des effets conventionnels.

[28] La version en langue française des Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements (*op. cit.* note 11) traduit «*doing business*» par «traiter des affaires», p. 260.

[29] Sur les chefs de compétence à exclure de la future Convention, cf. *infra* Nos 135 et s.

[30] Voir P.-v. Nos 3 et 4, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 327 à 333.

[31] Acte final de la Dix-septième session, partie B, Décision 2 *b*, *ibid.*, p. 42.

15 Hence national courts still have a very important role to play in private international relations. Litigants must be able to predict with a significant degree of certainty which court has jurisdiction to adjudicate in a dispute which will arise or has already arisen. They must also be able to access all the levels of jurisdiction available on the territory of the country in which the case has been decided on its merits; but afterwards, they must benefit from the effects of the judgment, in other States if necessary, and without having to start cumbersome and complex proceedings over again. As common law lawyers say, everyone is entitled to their "day in court", but once this right has been exercised before a given court, the litigant concerned must not be allowed to bring suit afresh, even in a court of a foreign State. This is a matter of saving ever tighter public funds and of ensuring the proper administration of justice, which must not stop at the territorial borders of States, since everyone faces the same difficulties in achieving the effective organisation (in terms of both time and money) of the justice system.[20]

16 This is why it is useful to bring the issue back to the drawing-board and to design a new multilateral convention for this purpose. The needs of international trade, the ever-growing interrelation of international economic activities and their greater complexity in comparison with the situation which existed thirty years ago, call for a new structure of international litigation that arbitration cannot furnish as and by itself. In addition, the ever more frequent occurrence of mass tort actions in matters of products liability, environment or banking, to cite but a few examples, calls for truly international solutions. Indeed, it is not infrequent that several courts are simultaneously requested to adjudicate in actions arising from the same facts or juridical acts. Likewise, some courts have developed an extensive understanding of their international jurisdiction. To tackle these situations, a legal standard collectively created by States within the ambit of the Hague Conference seems to be the most adequate solution.

17 The origin of the endeavours now in progress at the Hague Conference on Private International Law is a proposal by the United States of America, in the letter from the Legal Adviser dated 5 May 1992, to which the Permanent Bureau refers in Preliminary Document No 17 of May 1992.[21] This proposal was discussed at the meeting of the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference, which met from 1 to 4 June 1992, and which resulted in a decision to set up a small working group. This Group met at The Hague from 29 to 31 October 1992.[22]

18 The Group unanimously agreed that it was desirable to seek to negotiate, in the Hague Conference, a multilateral convention on the recognition and enforcement of judgments.[23] The Group also recognised that a simple convention, such as the 1971 Enforcement Convention, would be insufficient[24] even though, in the wider context of the Conference, it was felt that a full double convention[25] would be too ambitious. It therefore expressed a "preference for a convention which would offer some of the advantages of a double convention, while at the same time having a greater degree of flexibility than that available with a convention of the Brussels / Lugano type".[26]

19 The following points were discussed by the Working Group, and its Conclusions can be summarised accordingly:

– the Convention should be a double instrument, but possibly including a non-exhaustive white list (mixed convention),[27] a system which was preferred by the Working Group;

– the State addressed would have authority to control the grounds of jurisdiction;

– the scope of the instrument should be confined to civil and commercial matters, but this concept must be clarified. It is possible that questions relating to the status of individuals would be excluded;

– a number of jurisdictional bases were reviewed, roughly following the model of the Brussels Convention. Similarly, the excluded bases of jurisdiction were reviewed in the light of the list contained in the Brussels Convention. Special attention focused on the ground of jurisdiction, known in English as "doing business", and which could be translated by *entreprendre des activités commerciales*.[28] The Working Group did not reach agreement as to whether this ground of jurisdiction should be included in the list of grounds of exorbitant jurisdiction, use of which would be prohibited for the purposes of the Convention.[29]

20 After a full and absorbing discussion in the First Commission[30] the Seventeenth Session of the Conference decided to include in the Agenda of the Conference the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. It asked the Secretary General to convene a Special Commission, as soon as feasible, charged with

> "– studying further the problems involved in drafting a new convention, on the basis of a document prepared by the Permanent Bureau, taking into account the discussions of the Seventeenth Session,
>
> – making proposals with respect to the work which might be undertaken,
>
> – suggesting the timing of such work".[31]

[20] See the report by Lord Woolf of 26 July 1996, "Access to Justice", on the reforms needed in the United Kingdom, referred to in the information letter from Herbert Smith in December 1996. Suffice it to note here that the European Court of Human Rights has decided that eight years and eight months for court proceedings to be concluded (from first instance to cassation included) is too long a period which violates the principles of the *European Convention on Human Rights*. See *Duclos v. France*, decision No 723 of 17 December 1996. On this issue, see *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1996.

[21] *Op. cit.* note 8, p. 231.

[22] See "Recommendations and Decisions of the Special Commission" of June 1992 on General Affairs and Policy of the Conference, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 255.

[23] See the Conclusions of the Working Group on enforcement of judgments (*op. cit.* note 11), p. 257.

[24] *Ibid.* A "simple convention" is understood as a convention which is confined to provisions on the effect of judgments. In this type of convention, the jurisdictional rules are "indirect".

[25] A "double" convention has a part dealing with direct jurisdiction, and another part on the effects of judgments. This second part does not contain any further grounds of indirect jurisdiction, since the jurisdiction of the original court will be verified, if this is intended, by means of the grounds of direct jurisdiction set out in the first part of the convention.

[26] *Ibid.*, p. 259. The Conclusions of the Working Group on this subject are summarised more squarely ("the Conference should aim to adopt a 'mixed convention' [...]") at the First Commission meeting held during the Seventeenth Session, *cf.* Minutes No 3, 20 May 1993, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 327.

[27] The "white" or "green" list comprises all the grounds of direct jurisdiction authorised by the Convention, by contrast with the "black" or "red" list, comprising the prohibited grounds of jurisdiction. A "mixed" convention would authorise Contracting States, under certain specifically defined conditions, to use other grounds of jurisdiction than those contained in the green list. The consequences of using these grounds become evident when the resulting judgment is recognised or enforced, since it will not automatically enjoy the effects of the Convention.

[28] In the French version of the Conclusions of the Working Group on enforcement of judgments (*op. cit.* note 11), "doing business" is translated by "*traiter des affaires*", p. 260.

[29] For the grounds of jurisdiction to be excluded from the future Convention, see *infra* Nos 135 *et seq.*

[30] See Minutes Nos 3 and 4, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 327-333.

[31] Final Act of the Seventeenth Session, Part B, Decision 2 *b*, *ibid.*, p. 43.

21 Conformément à cette décision, le Secrétaire général a réuni une Commission spéciale, du 20 au 24 juin 1994, pour discuter des points suivants : nature d'une convention éventuelle ; domaine matériel d'une convention ; chefs de compétence directs qui pourraient être retenus ; autres chefs de compétence ; chefs de compétence qui ne devraient pas être utilisés comme chefs de compétence générale ; mise en jeu des règles de compétence ; reconnaissance et exécution des décisions ; procédure de reconnaissance et d'exécution[32].

22 Sur la base de ces discussions, sur la substance desquelles nous reviendrons dans les développements qui suivent, la Commission spéciale, à la suite d'une proposition commune à quatre délégations[33],

> « a relevé l'intérêt d'établir une convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale et recommande à la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence de proposer que ce sujet soit porté à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence lors de sa Dix-huitième session »[34].

23 La Commission spéciale s'est également prononcée sur le calendrier futur des travaux. Elle a estimé

> « qu'il serait utile qu'elle se réunisse à nouveau avant la Dix-huitième session afin de pouvoir approfondir certaines questions sur la base d'un nouveau document préparé par le Bureau Permanent et elle souhaite que la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence prenne une décision en ce sens »[35].

24 En juin 1995, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence a réaffirmé l'importance du sujet ; a entendu une déclaration de l'Expert de la France, au nom des États membres de l'Union européenne ; s'est félicitée de cette déclaration et a invité le Bureau Permanent à rédiger une nouvelle étude afin de préparer la réunion d'une nouvelle Commission spéciale préparatoire à réunir en 1996[36].

25 Cette réunion a eu lieu du 4 au 7 juin 1996. Les questions essentielles discutées ont porté sur la possibilité pour le juge de refuser d'exercer sa compétence (théorie du *forum non conveniens*, *lis alibi pendens*, connexité) ; les jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs ou multiples ; les critères de contrôle par le juge requis de la décision d'origine (compétence du juge d'origine ; loi appliquée par le juge d'origine ; déroulement de la procédure et droit de la défense ; ordre public de l'État requis et plus particulièrement dans le cadre des jugements par défaut ; indépendance et impartialité du tribunal d'origine) ; et l'étendue du champ d'application de la Convention[37].

26 La Dix-huitième session a décidé d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale[38]. C'est pourquoi, le Secrétaire général a convoqué une Commission spéciale du 17 au 27 juin 1997 pour les travaux de laquelle le présent Rapport préliminaire était rédigé.

27 Le présent rapport abordera les questions de substance dans l'ordre logique dans lequel celles-ci devront apparaître dans la future Convention, c'est-à-dire son champ d'application matériel et géographique (chapitre I), la compétence juridictionnelle directe (chapitre II), la reconnaissance et l'exécution du jugement (chapitre III), la mise en œuvre et l'interprétation uniforme (chapitre IV)[39].

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

28 La Convention doit s'appliquer au contentieux privé international, c'est-à-dire le contentieux se déroulant entre parties qui sont toutes soumises au droit privé ou qui agissent pour des activités privées. On exclurait alors tous les contentieux mettant en cause un État ou une émanation de l'État ou une entité, de quelque nature qu'elle soit, agissant pour le compte de l'État pour des missions de services publics[40]. La Convention ne se prononcera vraisemblablement pas sur cette définition mais on peut penser que le Rapport explicatif pourrait dire quelques mots sur cette question qui prend de plus en plus d'actualité avec le courant de privatisation massive que nous connaissons aujourd'hui. À cet égard, on peut se demander si les distinctions proposées par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts *Eurocontrol*[41] et *Rüffer*[42] ainsi que les éléments à prendre en considération pour mettre en œuvre ces distinctions, sont adaptés à l'évolution actuelle.

29 En ce qui concerne la notion de « contentieux international » plusieurs définitions peuvent être données. Tout d'abord, on peut imaginer qu'un contentieux est international s'il porte sur un objet, une action, une cause, eux-mêmes internationaux. Par exemple, si le contentieux porte sur un contrat, il sera international si le contrat lui-même est international. Cependant, il est possible qu'un contentieux international naisse d'une activité purement interne. Par exemple, dans le cadre d'un contrat purement interne, un litige naît à un moment où l'une des parties est située[43] à l'étranger. Ce serait aussi le cas d'un dommage subi au-delà d'une frontière alors que toute l'activité, à l'origine, était purement interne. Enfin, un contentieux peut aussi être international parce qu'il met en cause des systèmes juridiques ou judiciaires différents, les points de contact du litige étant situés sur plus d'un territoire national, comme c'est le cas lorsqu'un jugement étranger doit développer des effets hors du territoire où il a été rendu et alors même qu'à l'origine le contentieux était purement interne. Au vu de ces différentes acceptions possibles, il est préférable que la Convention ne contienne pas une telle définition laissant ainsi le juge saisi, en fonction des circonstances du litige, libre de déterminer si l'action est internationale ou non. L'absence de définition du caractère international du contentieux en cause est d'ailleurs conforme à la tradition retenue par les Conventions de La Haye.

[32] Voir « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », établies par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 2 de décembre 1995 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 dont la substance sera reprise dans les développements qui suivent (accessible à l'adresse <www.hcch.net>, également publié comme Doc. prél. No 1 d'août 1994 *in Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 62 à 68).

[33] Doc. trav. No 2 soumis par les experts de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de la France et de la Suisse.

[34] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 3.

[35] *Ibid.*, No 4.

[36] « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », Doc. prél. No 9 de décembre 1995, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 106 à 120, aux p. 106 et 108.

[37] Les « Conclusions de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale » ont été consignées dans le Doc. prél. No 12 d'août 1996, *ibid.*, p. 184 à 194 ; la substance sera reprise au cours des développements du présent rapport.

[38] Voir l'Acte final de la Dix-huitième session, partie B, Décision 1, *ibid.*, p. 46.

[39] Nous n'aborderons pas les clauses finales, notamment la clause fédérale, bien que celles-ci puissent revêtir une certaine importance. Toutefois, la question des systèmes non unifiés sera abordée *infra* Nos 76 et s.

[40] On connaît la difficulté de définition des notions telles que « émanation de l'État » ou « activité de services publics ». Ces définitions sont généralement données par le droit des immunités et relèvent du droit applicable à l'entité qui soutient devoir bénéficier d'une immunité.

[41] 14 octobre 1976, aff. 29/76, *Rec.* p. 1541 et 14 juillet 1977, aff. jointes 9 et 10/77, *Rec.* p. 1517.

[42] 16 décembre 1980, aff. 814/79, *Rec.* p. 3807.

[43] Nous utilisons ici, à dessein, l'expression neutre et concrète de « situation » pour ne pas aborder la question délicate de la définition juridique de cette situation qui sera traitée *infra* No 93 et note 123.

21 In line with this decision, the Secretary General called a meeting of a Special Commission from 20 to 24 June 1994, to discuss the following points: the nature of any future convention; the substantive scope of a convention; grounds of direct jurisdiction which might be included; other grounds of jurisdiction; grounds of jurisdiction which should not be used as bases of general jurisdiction; the application of jurisdictional rules; the recognition and enforcement of decisions; and the procedure for recognition and enforcement.[32]

22 On the basis of these discussions, the content of which will be further considered below, the Special Commission, in the light of a proposal by four delegations,[33] concluded that it would be

> "advantageous to draw up a convention on jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters and recommended that the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference propose this question to be included in the Agenda for the future work of the Conference at the Eighteenth Session".[34]

23 The Special Commission also decided on the future timetable of work. It took the view

> "that it would be useful for the Commission to be convened again before the Eighteenth Session in order to examine certain questions in more detail on the basis of new documents prepared by the Permanent Bureau and expressed the wish that the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference take a decision to that effect".[35]

24 In June 1995, the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference reiterated the importance of the subject; heard a statement by the Expert from France, on behalf of the Member States of the European Union; welcomed the statement, and invited the Permanent Bureau to make a further study in preparation for a meeting of a new special preparatory commission, to be held in 1996.[36]

25 This meeting took place from 4 to 7 June 1996. The key questions discussed related to the possibility of the court's declining jurisdiction (theory of *forum non conveniens*, *lis alibi pendens*, related actions); judgments awarding excessive or multiple damages; the criteria of verification by the court addressed of the decision of origin (jurisdiction of the court of origin; law applied by the court of origin; procedure followed and right of defence; public policy of the State addressed, especially with regard to judgments rendered by default; independence and impartiality of the court of origin); and the scope of application of the Convention.[37]

26 The Eighteenth Session decided to include on the Agenda of the Nineteenth Session the question of jurisdiction, of recognition and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.[38] The Secretary General accordingly convened a Special Commission from 17 to 27 June 1997, for which this Preliminary Report was drawn up.

27 This report will deal with the substantive issues in the logical order in which they are to feature in the future Convention, *i.e.*, its substantive and geographical scope (Chapter I), direct jurisdiction (Chapter II), recognition and enforcement of the judgment (Chapter III), implementation and uniform interpretation (Chapter IV).[39]

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

28 The Convention will apply in international litigation, *i.e.*, in cases between parties who are all subjects of private law, or who are acting for private activities. This would exclude all cases involving a State or a State entity, or any other entity acting on behalf of the State in public service missions.[40] Probably, the Convention will not contain such a definition but the Explanatory Report could say something about this question which takes greater relevance with the massive privatisation trend which we witness today. In that respect, one may question whether the distinctions proposed by the European Court of Justice in the *Eurocontrol*[41] and *Rüffer*[42] cases and the elements to be considered to apply these distinctions are adapted to the present evolution.

29 There are several possible definitions of the concept of "international litigation". First, litigation may be regarded as international if it relates to a subject, an action or a cause which is itself international. For instance, if the litigation relates to a contract, it will be international if the contract is itself an international one. However, it is possible for international litigation to arise from a purely national activity. For example, in the context of a purely domestic contract, a dispute may arise at a time when one of the parties is located[43] abroad. This will also be the case if damage is sustained beyond a national border, although the whole of the activity originally took place in the domestic arena. Finally, a case may also be international because it involves different legal or judicial systems, the points of contact of the dispute being situated on more than one national territory, as is the case when a foreign judgment must develop effects on a territory other than that where it was rendered although, at the outset, the litigation was purely internal. In view of these various possibilities, it would be preferable for the Convention not to provide a definition, thus leaving it to the court dealing with the case to decide, in the light of the circumstances, whether it is an international one. Moreover, the omission of any definition of the international character of the litigation concerned is in line with the tradition followed by the Hague Conventions.

[32] See "Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 2 of December 1995 for the attention of the Special Commission of June 1996 (available at <www.hcch.net>, also published as Prel. Doc. No 1 of August 1994 in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 63-69); its essentials will be covered below.

[33] Work. Doc. No 2, submitted by the experts of France, Spain, Switzerland and the United States of America.

[34] Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 3.

[35] *Ibid.*, No 4.

[36] "Conclusions of the Special Commission of June 1995 on general affairs and policy of the Conference", Prel. Doc. No 9 of December 1995, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 107-121, at pp. 107 and 109.

[37] The "Conclusions of the second Special Commission meeting on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters" were set out in Prel. Doc. No 12 of August 1996, *ibid.*, pp. 185-195; the essential points will be covered in this report.

[38] See the Final Act of the Eighteenth Session, Part B, Decision 1, *ibid.*, p. 47.

[39] We will not deal with the final clauses, including the federal clause, although they may be of some significance. However, the question of non-unified systems will be discussed *infra* Nos 76 *et seq.*

[40] The difficulty of defining such notions as a "State entity" or a "public service activity" is well known. These definitions are usually found in the law on immunities, as part of the law applicable to the entity which claims to be covered by an immunity.

[41] 14 October 1976, case No 29/76, *ECR*, p. 1541 and 14 July 1977, joint cases No 9 and 10/77, *ECR*, p. 1517.

[42] 16 December 1980, case No 814/79, *ECR*, p. 3807.

[43] We are intentionally using here the neutral, concrete term "located", in order to avoid the tricky issue of the legal definition of that location, discussed *infra* No 93 and note 123.

30 En revanche, deux questions devront vraisemblablement être discutées très rapidement par les délégués à la Commission spéciale. Il s'agit du champ d'application matériel de la Convention (section 1) et de son champ d'application géographique (section 2).

Section 1 – Champ d'application matériel

31 Les travaux préparatoires du Groupe de travail et des deux Commissions spéciales ont montré que, malgré une unanimité de principe sur le fait que la Convention doit s'appliquer « en matière civile et commerciale », la réalité révèle une plus grande complexité. Grâce aux travaux de la Commission spéciale de juin 1994[44], les exclusions suivantes semblent désormais acquises :

- état et capacité des personnes physiques ;
- régimes matrimoniaux ;
- testaments ;
- successions ;
- faillites et autres procédures analogues ;
- sécurité sociale ;
- arbitrage.

32 Les raisons pour ces exclusions tiennent soit à l'existence d'autres instruments internationaux[45], soit à la nature très particulière des problèmes posés par ces matières nécessitant un cadre de règlement spécifique.

33 Dans les développements qui suivent, nous nous bornerons à étudier les matières qui demeurent encore à discuter après les travaux des Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 auxquelles il a déjà été fait allusion.

1 *Procédure mettant en cause des intérêts pécuniaires*

34 Compte tenu de ce qui vient d'être dit en introduction de la présente section, la Convention ne porterait que sur les procédures concernant des intérêts pécuniaires, excluant ainsi la plupart des questions relevant du droit de la famille[46], sauf, peut-être, celles portant sur des obligations alimentaires[47].

35 Toutefois, l'inclusion dans la future Convention des procédures en matière d'obligations alimentaires peut soulever un problème, notamment en raison de l'existence des deux Conventions de La Haye : la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, aujourd'hui en vigueur dans 18 États membres[48] de la Conférence et un État non membre[49], et la *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, aujourd'hui en vigueur dans 17 États membres de la Conférence[50]. Si la Convention de 1958 n'est limitée qu'aux seules obligations alimentaires envers les enfants, celle de 1973 couvre non seulement ces mêmes obligations alimentaires, mais également celles envers les adultes, et notamment les obligations alimentaires entre conjoints ou ex-conjoints. Les deux Conventions sont conçues sur le modèle des conventions dites « simples » et consacrent comme chef de compétence indirecte principal le for du créancier d'aliments, c'est-à-dire le for du demandeur.

36 Les Conventions de Bruxelles et de Lugano quant à elles incluent toutes deux dans leur champ d'application les obligations alimentaires, en donnant une compétence directe à ce type de procédure. À côté de la compétence générale du domicile du débiteur d'aliments, défendeur à l'action (art. 2), les Conventions donnent également compétence au juge du domicile du créancier (art. 5 (2)). Le résultat des compétences retenues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano est le suivant : elles donnent au *créancier* d'aliments un choix lorsqu'il veut saisir un tribunal pour obtenir une décision alimentaire, choix que le *débiteur* d'aliments n'a pas : si ce dernier veut ouvrir action pour obtenir la révision d'une décision sur aliments, il ne peut, aux termes des Conventions de Bruxelles / Lugano, saisir que le tribunal du créancier d'aliments, défendeur à l'action (art. 2) ; il ne peut bénéficier du for prévu à l'article 5 (2), puisqu'il n'est pas *créancier* des aliments.

37 On voit donc que la compétence directe en matière d'obligations alimentaires instituée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano est en harmonie avec les Conventions de La Haye de 1958 et de 1973 et aucun conflit ne semble exister entre les deux systèmes. D'ailleurs, les Conventions de La Haye se déclarent prêtes à s'effacer devant tout autre instrument qui serait invoqué pour obtenir la reconnaissance et l'exécution (art. 23 de la Convention de 1973, art. 11 de la Convention de 1958), alors que les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoient de substituer à leurs propres conditions celles de toute convention relative à une matière particulière à laquelle sont Parties l'État d'origine et l'État requis (art. 57). En présence de ce renvoi mutuel, c'est en définitive aux parties à choisir l'exécution conforme aux Conventions de La Haye et celle effectuée en vertu des Conventions de Bruxelles et de Lugano[51].

38 Signalons enfin que la *Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires*, élaborée sous l'égide de l'Organisation des États américains (OEA) et conclue à Montevideo le 15 juillet 1989, Convention qui n'a été ratifiée à ce jour que par le Guatemala et le Mexique, fixe également une compétence directe en la matière et prévoit, à son article 8, que sont compétentes, au choix du créancier, les autorités judiciaires ou administratives :

(a) de l'État du domicile ou de la résidence habituelle du créancier d'aliments ;

(b) de l'État du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur d'aliments ; ou

(c) de l'État avec lequel le débiteur d'aliments a des liens personnels tels que patrimoines ou revenus.

[44] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 7.
[45] Notamment en matière de faillite, on doit noter la Convention du Conseil de l'Europe, signée à Istanbul, le 5 juin 1990 ; la Convention conclue dans le cadre de l'Union européenne du 25 septembre 1995 ; ainsi que les projets préparés par un Groupe de travail constitué par la CNUDCI pour la préparation d'une loi modèle, cf. Document de l'Assemblée générale No A/CN.9/WG.V/WP.48, en date du 21 novembre 1996 (original en langue anglaise). On doit également signaler les travaux entrepris par l'*American Law Institute* limités pour le moment aux trois pays membres de l'ALENA (Canada, États-Unis d'Amérique, Mexique), cf. *Transnational Insolvency Project*, Rapporteur principal Professeur Westbrook. En matière d'arbitrage, c'est, bien évidemment, à la Convention de New York de 1958 et à la Convention de Genève de 1961 (*Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*) auxquelles on pense immédiatement. Dans ce dernier domaine, le Rapport explicatif pourrait approfondir un peu l'exclusion à l'image de ce que la Cour de justice des Communautés européennes a fait dans l'affaire *Marc Rich* (CJCE 25 juillet 1991, aff. C 190/89, *Rec.* p. I-3855) et des commentaires que cette décision a suscités.
[46] C'était également l'avis du Groupe de travail, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 258.
[47] Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur ce point sauf en ce qu'il a considéré la question du chef de compétence délicate à trancher et, vraisemblablement, ne pouvant pas être modelée sur l'art. 5 (2) de la Convention de Bruxelles. Les deux Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 se sont trouvées divisées sur cette question.
[48] Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République slovaque, Suède, Suisse, Suriname, République tchèque, Turquie.
[49] Liechtenstein.
[50] Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, République slovaque, Suède, Suisse, République tchèque, Turquie.
[51] Voir sur toutes ces questions M. Pelichet, « Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger », Doc. prél. No 1 de septembre 1995 à l'intention de la Commission spéciale de novembre 1995, publié comme annexe au Doc. prél. No 10 de mai 1996, *in Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 134 à 178.

30 On the contrary, two questions will probably have to be discussed at a very early stage by experts to the Special Commission. These are the substantive scope of the Convention (section 1) and its geographical scope (section 2).

Section 1 – Substantive scope

31 The preparatory work of the Working Group and of the two Special Commissions has shown that, despite unanimous agreement in principle that the Convention should apply to "civil and commercial matters", in practice the question is rather more complicated. As a result of the work of the Special Commission in June 1994,[44] it appears to be settled that the following should constitute exceptions:

- civil status and legal capacity of natural persons;
- matrimonial property regimes;
- wills;
- succession to the estates of deceased persons;
- bankruptcy and other similar procedures;
- social security;
- arbitration.

32 These are excluded either because they are covered by other international instruments[45] or because they raise particular problems and thus require a special regulatory framework of their own.

33 In the following discussion, we will confine ourselves to the subjects which have still to be discussed subsequent to the work of the Special Commissions of June 1994 and June 1996, already referred to.

1 *Proceedings involving pecuniary interests*

34 In the light of the comments in the introduction to this section, the Convention would deal only with proceedings involving pecuniary interests; it would therefore exclude most questions covered by family law,[46] except perhaps those relating to maintenance obligations.[47]

35 However, the inclusion in the future Convention of proceedings concerning maintenance obligations may prove problematic, especially in view of the existence of the two Hague Conventions on that topic: the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children, now in force in 18 Member States[48] of the Conference and one non-Member State,[49] and the *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, now in force in 17 Member States of the Conference.[50] Whereas the 1958 Convention is restricted solely to maintenance obligations towards children, the 1973 instrument covers both these and obligations towards adults, including maintenance obligations between spouses or ex-spouses. The two Conventions are framed according to the model of so-called "simple" conventions, adopting as the main ground of indirect jurisdiction the court of the maintenance creditor, *i.e.*, the forum of the plaintiff.

36 Both the Brussels and the Lugano Conventions cover maintenance obligations, providing for direct jurisdiction grounds for proceedings of this kind. Alongside the general jurisdiction of the domicile of the maintenance debtor, the defendant to the action (Art. 2), the Conventions also confer jurisdiction on the courts of the creditor's domicile (Art. 5 (2)). Jurisdiction grounds as provided for in the Brussels and Lugano Conventions have the following result: the maintenance *creditor* has a choice when he or she wants to go to court to obtain a maintenance order, but the maintenance *debtor* has no such option; if he or she wants to take out proceedings to review a maintenance order, according to the Brussels and Lugano Conventions the only court open is that of the maintenance creditor, defendant to the action (Art. 2); he or she cannot use the forum prescribed in Article 5 (2), not being the *creditor* of the maintenance.

37 It is clear then that the direct jurisdiction with regard to maintenance obligations introduced by the Brussels and Lugano Conventions is in harmony with the Hague Conventions of 1958 and 1973, and there seems to be no conflict between the two systems. Moreover, the Hague Conventions specifically state that they give way to any other instrument which may be invoked in order to obtain recognition and enforcement (Art. 23 of the 1973 Convention, Art. 11 of the 1958 Convention), whereas the Brussels and Lugano Conventions specify that their provisions may be replaced by those of any convention on a specific subject to which the State of origin and the State addressed are Parties (Art. 57). Given this mutual *renvoi* provision, it is ultimately for the parties to opt for enforcement under either the Hague Conventions or the Brussels and Lugano Conventions.[51]

38 Finally, we note that the *Inter-American Convention on Support Obligations*, prepared under the auspices of the Organisation of American States (OAS) and concluded at Montevideo on 15 July 1989 – a Convention so far ratified only by Mexico and Guatemala – also establishes direct jurisdiction in this field. Its Article 8 provides that the creditor may choose among various competent judicial or administrative authorities:

(a) those of the State of domicile or habitual residence of the creditor;

(b) those of the State of domicile or habitual residence of the debtor; or

(c) those of the State to which the debtor is connected by personal links, such as possessing property, receiving income or obtaining financial benefits.

[44] *Cf.* the Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 7.

[45] Notably, in the matter of bankruptcy, these include the Council of Europe Convention, signed at Istanbul on 5 June 1990; the Convention concluded in the framework of the European Union on 25 September 1995; and the drafts prepared by a Working Group set up by UNCITRAL to prepare a model law, *cf.* General Assembly document No A/CN.9/WG.V/WP.48, dated 21 November 1996 (original English). Mention must also be made of the work of the American Law Institute, which is confined at present to the three member countries of NAFTA (Canada, Mexico and the United States of America), *cf.* Transnational Insolvency Project, principal reporter Professor Westbrook. As for arbitration, it is clearly the 1958 New York Convention and the 1961 Geneva Convention (*European Convention on International Commercial Arbitration*) which immediately spring to mind. In this area, the Explanatory Report could explain further this exclusion as the European Court of Justice did in the *Marc Rich* case (25 July 1991, case No C 190/89, *ECR*, p. I-3855) and as shown by the commentaries which followed that decision.

[46] This was also the view of the Working Group, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 259.

[47] The Working Group did not comment on this point, other than to indicate that the question of the ground of jurisdiction would be a difficult one to answer, and probably did not lend itself to being modelled on Art. 5 (2) of the Brussels Convention. The two Special Commissions of June 1994 and June 1996 were divided on the issue.

[48] Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Hungary, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Slovak Republic, Spain, Suriname, Sweden, Switzerland, Turkey.

[49] Liechtenstein.

[50] Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Slovak Republic, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom.

[51] On all these issues, see M. Pelichet, "Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention of 20 June 1956 on the Recovery Abroad of Maintenance", Prel. Doc. No 1 of September 1995 for the attention of the Special Commission of November 1995, published as Annex to Prel Doc. No 10 of May 1996, in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 135-179.

39 La décision d'inclure les obligations alimentaires dans une future Convention à vocation mondiale soulève une difficulté sérieuse du fait que certains États n'admettent pas, d'une manière générale et par principe, le for du demandeur. Si la position de ces États devait être inébranlable, il semble alors qu'il ne resterait aux négociateurs de la future Convention que la seule alternative suivante :
(a) soit la future Convention s'applique aux procédures en matière d'obligations alimentaires, mais elle ne retient comme compétence directe que le for du débiteur d'aliments ou celui auquel le défendeur s'est soumis soit expressément, soit en s'expliquant sur le fond sans réserves touchant à la compétence. Il faut toutefois relever qu'une telle solution constituerait un pas en arrière par rapport aux deux Conventions de La Haye qui, de surcroît, soulèverait un conflit de conventions sérieux ;
(b) soit les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application de la future Convention.

2 *Responsabilité civile délictuelle*

40 Il peut paraître étrange de se poser la question de savoir si la future Convention doit porter sur la matière de la responsabilité civile délictuelle. Toutefois, ce n'est pas tant la matière en elle-même qui pose des difficultés que la complexité de certains contentieux qu'elle suscite, ainsi que le contenu des jugements qu'elle entraîne[52]. En effet, lorsque le délit oppose simplement un auteur et une victime et que la relation juridique demeure strictement binaire, une règle de compétence est relativement aisée à trouver. Les difficultés posées, même dans cette hypothèse, par un conflit mobile (cas de déplacement de la victime et d'aggravation du préjudice après le déplacement) peuvent trouver également une solution[53]. De la même manière, une règle peut-être forgée relativement aisément en cas de « délit à distance » lorsque ses effets se font sentir à plusieurs points d'impact alors même qu'il n'y a qu'une victime. Supprimer de la future Convention la matière de la responsabilité civile en général lui ôterait une grande partie de son utilité[54].

41 En revanche, posent beaucoup plus de difficultés les contentieux mettant en cause une multiplicité de parties (souvent les victimes) qui souhaitent toutes agir devant leur propre tribunal, obligeant alors le défendeur à défendre ses intérêts devant un grand nombre de juridictions différentes. Si la Convention doit couvrir également ces hypothèses de contentieux multiples en matière délictuelle ou quasi délictuelle, il conviendra de réfléchir à la possibilité d'inclure une disposition sur la compétence différente de celle qui aura été choisie pour les litiges opposant simplement un demandeur à un défendeur[55]. En effet, le bilan des intérêts en présence se conclut différemment selon que nous sommes dans l'une ou l'autre des deux hypothèses. Cette différence entraîne nécessairement une solution séparée pour les deux types de contentieux.

42 Une autre question est encore posée par les actions collectives en représentation conjointe ou aux actions collectives en cessation telles qu'elles peuvent résulter du droit de la responsabilité du fait des produits, du droit de l'environnement et, plus généralement, du droit de la consommation. Ces actions collectives, envisagées du point de vue du demandeur, peuvent être encore rendues complexes par la nécessité de joindre une multiplicité de défendeurs. Ce sera le cas, par exemple, lorsque se produit une catastrophe aérienne et que la responsabilité doit être recherchée entre la compagnie aérienne, le pilote, les opérateurs des différentes tours de contrôle concernées, les constructeurs de l'avion et / ou de certains de ses composants. Exclure ces actions *a priori* du champ d'application de la future Convention nous paraîtrait éminemment dommageable pour l'utilité pratique de celle-ci. En effet, ces actions relèvent avant tout des juridictions nationales, car l'arbitrage est inapte à faire face à de telles procédures. L'arbitrage ne peut pas en effet donner une solution appropriée à ce type de litiges qui devront toujours demeurer de la compétence des tribunaux judiciaires nationaux. Le travail effectué pour la préparation de la future Convention constitue le cadre idéal pour tenter d'apporter des solutions à des questions dont nous ne nions pas l'extrême difficulté. Toutefois, la complexité des problèmes abordés ne doit pas empêcher de tenter d'y apporter une solution.

43 En ce qui concerne les actions intentées en vertu du droit de l'environnement, on pourrait être tenté de les exclure dans la mesure où la Dix-huitième session de la Conférence a décidé « de retenir en outre à l'ordre du jour du programme de travail de la Conférence la question des conflits de juridiction, de la loi applicable et de la coopération judiciaire et administrative internationale en matière de responsabilité civile pour les dommages causés à l'environnement »[56]. Les premiers travaux préparatoires entrepris par le Bureau Permanent à ce sujet ont montré que les questions d'atteinte à l'environnement posent des difficultés complexes pour lesquelles il est nécessaire d'apporter des solutions d'ensemble aux conflits de juridictions, à la loi applicable et à la coopération[57]. Cela étant dit, il paraîtrait regrettable d'exclure totalement de la future Convention sur la compétence juridictionnelle et l'effet des décisions les actions en dommages et intérêts pour préjudice subi du fait d'une atteinte à l'environnement. On ne devrait pas non plus exclure les actions en cessation qui, dans cette matière, ne relèvent pas de juridictions spécialisées. Il suffirait, à cet égard, que la future Convention demeure silencieuse, n'excluant ni n'incluant expressément le droit de l'environnement, pour que les actions potentielles dans ce domaine suivent les règles de la future Convention à supposer que leur formulation convienne à une application concrète à ces hypothèses. Ces dispositions seraient adoptées sans préjudice de ce qui sera décidé au moment où la Conférence mettra à son ordre du jour la préparation de la Convention spécifique environnement qui, de toute manière, en qualité de *lex specialis*, pourra parfaitement prévoir des solutions différentes de celles qui auraient été adoptées pour la Convention générale en préparation aujourd'hui. De plus, le travail qui sera effectué dans le cadre de la future Convention compétence et effets des jugements servira, à n'en pas douter, à l'avancée des travaux de la Convention environnement. C'est pourquoi nous suggérons que cette matière ne soit pas exclue du champ d'application matériel de la future Convention.

3 *Droit de la concurrence*[58]

44 Certains malentendus se sont fait jour lors des discussions passées sur l'insertion ou non dans le champ d'application de la future Convention des questions liées au droit de la

[52] Cf. Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260. La Commission spéciale de juin 1994 a particulièrement noté la difficulté d'exécuter les jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs ou punitifs ; cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 9. Cette question a fait l'objet de longues discussions au cours de la Commission spéciale de juin 1996 ; cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 21 à 27. Nous aborderons la question de l'exécution de ces jugements dans le cadre du chapitre III du présent rapport aux Nos 157 et s.
[53] Cf. *infra* Nos 121 et 122.
[54] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 9.
[55] Cf. *infra* Nos 121 et 122.

[56] Acte final de la Dix-huitième session, partie B, Décision 3, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 46.
[57] Cf. « Note sur la loi applicable à la responsabilité civile pour dommages causés à l'environnement », Doc. prél. No 9 de mai 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 186 à 210 ; « Note sur la loi applicable et sur les conflits de juridictions en matière de responsabilité pour les dommages causés à l'environnement », Doc. prél. No 3 d'avril 1995, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 72 à 84 ; *Internationales Umwelthaftungsrecht I* sous la direction de C. von Bar, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1995, 295 p.
[58] Ce n'est pas la première fois que la Conférence entreprend des travaux sur cette question même si, jusqu'à maintenant, le sujet a été considéré comme très délicat et difficile. Cf. A. Dyer, « Étude exploratoire sur les conflits de compétences provoqués par l'application extraterritoriale des lois sur la concurrence et d'autres lois de régulation économique », Doc. prél. No 7 de novembre 1987, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome I, *Matières diverses*, p. 142 à 157.

39 The decision to include maintenance obligations in a future worldwide Convention raises a serious difficulty, since some States, in general and as a matter of principle, do not accept the forum of the plaintiff. Were the attitude of these States to prove unshakable, the only alternatives open to the negotiators of the future Convention would apparently be:

(a) for the future Convention to apply to proceedings concerning maintenance obligations, but providing direct jurisdiction only for the forum of the maintenance debtor or for one which the defendant has accepted either expressly, or by pleading the merits without reservations as to jurisdiction. However, this would be a retrograde solution by comparison with the two Hague Conventions, a regrettable backward step which would raise a serious conflict of laws;

(b) for maintenance obligations to be excluded from the scope of the future Convention.

2 *Tort*

40 It may seem strange to wonder whether the future Convention should deal with the issue of civil liability in tort. However, the problems arise not so much from the subject matter itself as from the complexity of some of the disputes engendered by it, and the content of the judgments involved.[52] In fact, where the tort concerns only one perpetrator and one victim, and the legal relationship remains strictly two-sided, it is relatively easy to find a jurisdictional rule. The difficulties caused, even under this scenario, by a mobile conflict (where the victim moves and the damage worsens after the move) can also be resolved.[53] Likewise, a rule may be relatively easily tailored for "distant torts" when its effects are felt at several points of impact even though there is only one victim. If the topic of civil liability in general were omitted from the future Convention, it would be deprived of much of its usefulness.[54]

41 On the other hand, disputes involving a multiplicity of parties (often the victims), all of whom want to take proceedings in their own courts, are much more problematic, the defendant being compelled to defend his interests in many different courts. If the Convention is also to cover these cases of multiple litigation in matters relating to tort or quasi-tort, thought should be given to including, perhaps, a clause providing for a different ground of jurisdiction than the one chosen in cases where there is only one claimant and one defendant.[55] Indeed, the balance of competing interests is not the same in the two instances. This difference necessarily entails a separate solution for each kind of case.

42 A further issue arises from group actions where there is joint representation, or actions for restraining injunctions, such as may occur under the law on product liability, environmental law and, in general, under consumer law. From the claimant's standpoint, these "class" actions may be complicated still further by the need to sue several defendants. This will be the case, for instance, where there is an air crash and liability has to be determined as between the airline, the pilot, the various control tower operators involved, the aircraft manufacturers and / or the manufacturers of some of the plane's components. To exclude these actions *a priori* from the scope of the future Convention would seem to seriously undermine its practical usefulness. Such actions will in fact be dealt with mainly by national courts, as arbitration is unsuitable for proceedings of this kind. It cannot offer an appropriate solution for such disputes, which must always remain within the jurisdiction of national courts. The work done in drafting the future Convention is an ideal framework for attempting solutions to questions which are undeniably extremely complex. Yet the complexity of the problems encountered should not preclude attempts to find a solution.

43 As regards actions brought under environmental law, it might be tempting to exclude them because the Eighteenth Session of the Conference decided "to retain in addition in the Agenda for the work programme of the Conference the question of the conflict of jurisdictions, applicable law and international judicial and administrative co-operation in respect of civil liability for environmental damage".[56] The initial preparatory work on the subject by the Permanent Bureau shows that issues of environmental damage raise complex problems, which call for comprehensive solutions with regard to conflicts of jurisdiction, applicable law and co-operation.[57] Having said this, it would seem regrettable were the future Convention on jurisdiction and the effect of foreign judgments wholly to exclude actions for damages incurred as a result of environmental harm. Nor should actions for restraining injunctions be excluded; in this field, they are not dealt with by specialised courts. It would be sufficient that the future Convention remain silent on the subject, neither excluding nor expressly including environmental law, so that future litigation in this field would proceed according to the rules of the Convention, provided the rules are framed to enable these cases to be covered. These provisions would be adopted without prejudice to decisions taken when the Conference places on its Agenda the preparation of the special Convention on the environment. In any event, the latter Convention, being in the nature of a *lex specialis*, is perfectly capable of offering solutions different from those adopted for the general Convention now in preparation. Moreover, the work impending in the context of the future Convention on jurisdiction and the effects of judgments will undoubtedly help to advance the work on the environment Convention. We therefore suggest that this topic should not be excluded from the substantive scope of the future Convention.

3 *Competition law*[58]

44 Certain misunderstandings have arisen in the past when discussing whether to include within the scope of the future Convention questions relating to competition. There are in

[52] *Cf.* Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261. The Special Commission of June 1994 noted especially the difficulty of enforcing judgments awarding excessive or punitive damages; *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 9. This question was discussed at length during the Special Commission of June 1996, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 21-27. We will address the question of the enforcement of these judgments in Chapter III of this report, in Nos 157 *et seq.*

[53] *Cf. infra* Nos 121 and 122.

[54] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 9.

[55] *Cf. infra* Nos 121 and 122.

[56] Final Act of the Eighteenth Session, Part B, Decision 3, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 47.

[57] *Cf.* "Note on the law applicable to civil liability for environmental damage", Prel. Doc. No 9 of May 1992, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 187-211; "Note on the law applicable and on questions arising from conflicts of jurisdiction in respect of civil liability for environmental damage", Prel. Doc. No 3 of April 1995, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 73-85; *Internationales Umwelthaftungsrecht I* under the direction of C. von Bar, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1995, 295 p.

[58] It is not the first time that the Conference undertakes work in this area, even if until now, the subject was considered as delicate and difficult. *Cf.* A. Dyer, "Exploratory study on conflicts of jurisdiction occasioned by the extraterritorial application of laws relating to competition and similar laws of economic regulation", Prel. Doc. No 7 of November 1987, *Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 143-157.

concurrence. En réalité, deux catégories de problèmes doivent être différenciées: (1) les actions intentées en vertu du droit de la concurrence *stricto sensu*, généralement des actions en cessation, qui relèvent la plupart du temps d'autorités administratives indépendantes et comportent des règles de procédure particulières avec un regroupement du contentieux de première instance et sur recours devant des juridictions spécialisées; (2) les actions contractuelles ou délictuelles en dommages et intérêts, intentées par un opérateur économique à l'encontre de son partenaire contractuel ou de l'un de ses concurrents et prenant appui soit sur une violation du droit de la concurrence *stricto sensu* soit sur ce qu'il est convenu d'appeler, de manière classique, la concurrence déloyale. Si l'on doit reconnaître que les deux domaines, droit de la concurrence *stricto sensu* et droit de la concurrence déloyale, tendent à se rapprocher à bien des égards au plan des objectifs économiques et des grands principes[59], ils demeurent nettement séparés notamment pour ce qui a trait au contentieux et à la nature des actions intentées.

45 En ce qui concerne la première catégorie, c'est-à-dire le droit de la concurrence *stricto sensu*, il ne serait pas inutile de faire un effort pour tenter de définir des règles portant critère de compétence juridictionnelle internationale et, notamment, quelle est la portée exacte de la théorie dite des « effets ». Par ailleurs, en cette matière comme dans toute autre, la coopération judiciaire est nécessaire. De plus en plus d'activités des opérateurs économiques mettent en cause les droits de la concurrence de plusieurs États. Le besoin se fait donc sentir indéniablement d'une meilleure coordination des compétences internationales des juridictions spécialisées de ces divers États afin d'éviter une multiplication de procédures ou, si elles sont inévitables, d'autoriser les juges à travailler ensemble de manière à éviter la survenance de décisions inconciliables auxquelles les opérateurs doivent faire face[60]. Cette coopération judiciaire est transnationale la plupart du temps, compte tenu de la dispersion des activités économiques concurrentielles. Il n'est d'ailleurs pas totalement exclu que la future Convention, si elle comporte des dispositions sur la coopération, puisse apporter certaines orientations et des guides aux juges chargés de traiter des questions de droit de la concurrence *stricto sensu*. Toutefois, comme ces procédures ont souvent un caractère administratif ou quasi administratif, il serait peut-être préférable de les exclure[61] ou, en tout état de cause, de ne pas les inclure expressément.

46 Enfin, les actions de pur droit civil, en dommages et intérêts, intentées par un opérateur contre un autre, en raison d'une violation du droit de la concurrence ou en raison d'actes de concurrence déloyale, ne sont pas par nature différentes de n'importe quelle action en responsabilité délictuelle[62] ou contractuelle. En tant que telle, il n'existe pas de raison particulière d'exclure ces actions du champ d'application de la future Convention; il est peu important à cet égard qu'elles soient fondées sur des dispositions du droit de la concurrence. Il n'est même pas certain qu'il soit utile de proposer des critères spécifiques de compétence appropriée à la matière, même si, pour le bénéfice de la discussion, nous serons amenés à émettre quelques idées à ce sujet[63]. Est-il souhaitable de définir la frontière séparant cette catégorie de procédures avec la première évoquée ci-dessus? La Commission spéciale de juin 1996 a suggéré qu'une telle définition puisse être donnée « par l'intermédiaire d'une définition précise de la notion de juridiction »[64] saisie du litige et par une définition de la notion d'« action pour violation des règles de concurrence ». À la réflexion, il nous apparaît préférable de ne pas alourdir le texte de la Convention et, comme pour l'environnement, de ne pas exclure ni inclure expressément la concurrence de son champ d'application matériel, le départage se faisant sur le terrain, par le juge, en fonction des actions qui lui sont soumises.

4 *Matières fiscales, droits de douane et amendes*

47 Ces matières ont toujours été considérées comme des matières de droit public dans les pays de tradition romano-germanique, alors que dans les pays de *common law*, cette distinction entre droit privé et droit public n'existant pas, le droit fiscal notamment fait partie du « *civil law* »[65]. Elles sont exclues des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La Convention Exécution de 1971 prévoit également que la Convention ne s'applique pas aux « décisions ayant pour objet le paiement de tous impôts, taxes ou amendes »[66].

48 On doit rappeler que ces matières sont généralement couvertes par une clause, certes générale et relativement contraignante, de coopération judiciaire et administrative dans le recouvrement de tels impôts, taxes et amendes par le réseau d'innombrables conventions bilatérales en matière fiscale ou en matière d'établissement que les États ont conclues depuis plus d'une trentaine d'années maintenant. Ce réseau de conventions matérielles est tellement dense qu'il convient vraisemblablement de ne pas perturber par de nouvelles règles cette coopération mise en place entre les autorités fiscales des différents États. C'est pourquoi il nous paraîtrait judicieux d'exclure ces matières du champ d'application de la future Convention.

5 *Propriété intellectuelle*

49 Comme pour le droit de la concurrence, les hésitations ont été grandes au sein de la Commission spéciale de juin 1996 pour inclure cette matière dans la future Convention[67].

50 Toutefois, comme pour le droit de la concurrence, ce n'est pas tant la matière en tant que telle que certaines actions liées aux droits de propriété intellectuelle qui devraient être incluses dans la future Convention. Nous étudierons ces actions ci-dessous dans le cadre des développements consacrés aux chefs de compétence internationale directe[68]. Nous pensons donc que, comme pour les matières précédentes, aucune exclusion spécifique ne devrait être insérée dans la Convention.

6 *Mesures provisoires ou conservatoires*

51 La Commission spéciale de juin 1996 a conclu qu'il convenait vraisemblablement d'inclure une ou plusieurs dispositions sur ces mesures[69]. Nous tenons à insister sur l'importance de telles mesures dans le contentieux privé international. De ces mesures dépend souvent l'orientation et l'issue de la procédure

[59] Voir la tendance en France notamment avec la Loi No 96.588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JORF* 3 juillet 1996.
[60] On doit d'ailleurs signaler que des accords de coopération entre autorités administratives de la concurrence ont déjà été signés en ce domaine ne serait-ce qu'entre le Ministère de la Justice américain et la Commission des Communautés européennes.
[61] C'est le sens de la tendance la plus importante qui s'est fait jour au cours des travaux de la Commission spéciale de juin 1996, cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 39.
[62] Pour de nombreux exemples de contentieux en référé en matière de droit de la concurrence, cf. J. Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire – Les contentieux français et anglais*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 93 à 112, notamment.
[63] Cf. *infra* Nos 129 et s.
[64] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 39.
[65] Voir P. Schlosser, Rapport sur la *Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au Protocole concernant son interprétation par la Cour de justice*, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 71 à 151, aux p. 82 et 83.
[66] Art. 1(3).
[67] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 41.
[68] Cf. *infra* No 90.
[69] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 40.

fact two different issues: (1) actions brought under competition law *stricto sensu*, usually applications for restraining injunctions, which mostly fall within the purview of independent administrative authorities, and which have their own rules of procedure with a grouping of litigation both at first instance and on appeal before specialised courts; (2) actions for damages in contract or tort, brought by an economic operator against his contractual partner or one of his competitors, and relying either on a breach of competition law *stricto sensu* or on what is traditionally known as unfair competition. Although it has to be recognised that the two areas of law, competition law *stricto sensu* and the law on unfair competition, are akin in many respects as far as their economic objectives and key principles are concerned,[59] they are clearly separate as regards litigation cases and the nature of the cases brought.

45 As for the first category, *i.e.*, competition law *stricto sensu*, it would be useful to try to adopt rules which would offer a criterion for international jurisdiction, especially the precise meaning of the so-called theory of "effect". In any event, in this area as in others, judicial co-operation is required. Increasingly, activities by economic operators bring into play the competition laws of several States at once. Hence there is a definite need for improved co-ordination of the international jurisdiction of the specialised courts in these various States, so as to avoid a plurality of actions or, if these are inevitable, to authorise courts to work together and thus avoid burdening operators with irreconcilable decisions.[60] This judicial co-operation is normally transnational, because of the diffuse character of competing economic activities. Moreover, it is quite possible that the future Convention, if it includes provisions on co-operation, will offer certain guidelines and pointers to the courts dealing with issues of competition law *stricto sensu*. However, as these proceedings are often of an administrative or quasi-administrative kind, it would perhaps be preferable to exclude them[61] or, at least, not to include them specifically.

46 Finally, purely civil law actions for damages, brought by one operator against another, based on a breach of competition law or acts of unfair competition, are not by nature different from any other kind of action for tort[62] or contractual liability. There is no particular reason to exclude these actions as such from the scope of the future Convention, and it is not particularly relevant whether they are based on competition law. It is not even certain that specific criteria for an appropriate form of jurisdiction in such cases would be useful, although, for the sake of argument, we will be putting forward some ideas on this subject.[63] Is it desirable to define the frontier which divides this category of proceedings from the former one mentioned above? The Special Commission which met in June 1996 suggested that such a definition can perhaps be given "through the intermediary of a precise definition of the concept of the [court]"[64] dealing with the case, and by defining the concept of an "action for breach of competition law". On reflection, we think it is preferable not to encumber the text of the Convention and, as for environmental issues, neither expressly exclude nor include competition within the substantive scope of the instrument, leaving the courts to make the appropriate delimitation in the light of the cases submitted to it.

4 *Fiscal matters, customs duties and fines*

47 In civil law countries these topics have always been treated as a matter of public law, whereas in common law countries, which do not distinguish between private and public law, tax law in particular belongs to the "civil law".[65] These matters are not included in the Brussels and Lugano Conventions. The 1971 Enforcement Convention also provides that the Convention does not apply to "decisions for the payment of any customs duty, tax or penalty".[66]

48 It must be remembered that these matters are usually covered by a clause, albeit a general and relatively not very binding one, on judicial and administrative co-operation in the recovery of such duties, taxes and fines, by means of many bilateral conventions on taxation and establishment which States have concluded over a period of more than 30 years. This network of substantive conventions is now so dense that it would probably be undesirable to introduce new rules, which would only upset the working of the co-operation arrangements already in existence among the tax authorities of the various States. For this reason, we think it would be wise to exclude these subjects from the scope of the future Convention.

5 *Intellectual property*

49 As in the case of competition law, the Special Commission was very reluctant, in June 1996, to include this topic in the future Convention.[67]

50 However, as with competition law, it is not so much the subject itself but certain actions associated with intellectual property rights which ought to be included in the future Convention. We will consider these actions below when dealing with the grounds of direct international jurisdiction.[68] Thus, we think that, as for matters referred to in preceding paragraphs, no specific exclusion should be included in the Convention.

6 *Provisional or protective measures*

51 The Special Commission concluded, in June 1996, that it was probably appropriate to include one or several clauses on these measures.[69] We would emphasise the importance of these measures in international litigation, as the direction and outcome of the proceedings on the merits will often depend

[59] See the trend in France, especially with Law No 96.588 of 1 July 1996 on fairness and equilibrium in trade relations, *JORF* 3 July 1996.
[60] It should also be pointed out that co-operation agreements have already been signed in this field among administrative authorities responsible for competition, such as the agreement between the United States Department of Justice and the Commission of the European Communities.
[61] This was the predominant view in the course of the Special Commission of June 1996, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 39.
[62] For a number of examples of interlocutory proceedings in competition law cases, see J. Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire – Les contentieux français et anglais*, Brussels, Bruylant, 1995, esp. pp. 93-112.
[63] *Cf. infra* Nos 129 *et seq.*
[64] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 39.
[65] See P. Schlosser, Report on the *Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 71-151, at pp. 82 and 83.
[66] Art. 1(3).
[67] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 41.
[68] *Cf. infra* No 90.
[69] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 40.

sur le fond[70]. La Convention, pour être utile, devra, à notre avis, comporter de telles dispositions pour lesquelles nous donnons quelques pistes dans les développements qui suivent[71].

Section 2 – Champ d'application géographique

52 Nous abordons ici l'une des questions les plus difficiles dans la préparation de la future Convention. La première question qui se pose est le point de savoir selon quel(s) critère(s) la Convention va s'appliquer. S'agissant d'une Convention comprenant des compétences juridictionnelles directes, elle doit être mise en œuvre d'abord et avant tout par le tribunal saisi d'une action comprenant un élément d'extranéité. Or, il serait inconcevable que la Convention puisse s'appliquer alors que le tribunal saisi n'est pas situé sur le territoire d'un État contractant. Mais s'agissant d'une Convention qui comportera des règles pour les cas de litispendance, pour les clauses de prorogation de juridiction et pour l'exécution des décisions, les critères d'applicabilité doivent être étudiés de manière séparée pour chacune de ces hypothèses.

53 Par ailleurs, on sait que les Conventions de Bruxelles et de Lugano, pour toutes les règles de compétence, sauf les règles de compétence exclusive et les règles de validité des clauses de prorogation de for, ne s'appliquent que si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État contractant. Cette limite dans l'applicabilité des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne donne pas entièrement satisfaction. Il s'agit là d'une des critiques récurrentes que l'on entend à propos de ces deux Conventions qui rejettent dans le droit commun toutes les actions entreprises à l'encontre de défendeurs non domiciliés sur le territoire d'un État contractant.

54 Or, pour la future Convention, les critères d'applicabilité choisis devront permettre son application harmonieuse et distributive, par rapport aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, en évitant les conflits de conventions. C'est pourquoi, après réflexion, il a semblé que la future Convention ne devrait pas reprendre le critère général d'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Ceci permettrait alors de trouver aisément des solutions d'harmonie telles que schématisées ci-dessous.

55 En ce qui concerne toutes les règles de compétence juridictionnelle directe (sauf pour la litispendance), le seul critère d'applicabilité géographique de la nouvelle Convention devrait être celui proposé ci-dessus, c'est-à-dire que le tribunal saisi soit situé sur le territoire d'un État contractant[72]. Par rapport aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'application distributive sera faite de la manière suivante :

T.S.	=	N.C.	→ N.C.
D.	=	N.C.	
T.S.	=	N.C.	→ N.C.
D.	=	B/L	
T.S.	=	N.C. + B/L	→ B/L
D.	=	B/L [avec ou non N.C.]	
T.S.	=	B/L	→ Droit commun de T.S.
D.	=	N.C. et hors B/L	
T.S.	=	N.C. + B/L	→ N.C.
D.	=	hors B/L	
T.S.	=	B/L	→ Droit commun de T.S.
D.	=	hors B/L et hors N.C.	

T.S. = *Tribunal saisi*
D. = *Défendeur*
N.C. = *État contractant de la nouvelle Convention*
B/L = *État contractant de Bruxelles et / ou Lugano*

Ce système revient un peu à dire que la nouvelle Convention remplace le droit commun de l'État du tribunal saisi en matière de compétence juridictionnelle internationale directe.

56 En matière de litispendance, la disposition conventionnelle devra prévoir qu'elle ne s'appliquera que si les deux tribunaux entre lesquels existe une litispendance sont situés dans deux États contractants de la nouvelle Convention. En conséquence, l'application distributive de la nouvelle Convention et des Conventions de Bruxelles et de Lugano se fera de la manière suivante :

T_1	=	N.C.	→ N.C.
T_2	=	N.C.	
T_1	=	N.C. + B/L	→ B/L
T_2	=	N.C. + B/L	
T_1	=	N.C. + B/L	→ N.C.
T_2	=	N.C.	
T_1	=	B/L	→ Droit commun de T_1 pour T_1 et de T_2
T_2	=	N.C.	pour T_2 [sauf accord bilatéral entre T_1 et T_2][73]
T_1	=	N.C.	→ Droit commun de T_1 pour T_1 et de T_2
T_2	=	B/L	pour T_2 [sauf accord bilatéral entre T_1 et T_2]

T_1 = *Tribunal saisi [en premier]*
T_2 = *Tribunal saisi [en second]*
N.C. = *État contractant de la nouvelle Convention*
B/L = *État contractant de Bruxelles et / ou Lugano*

57 Pour ce qui a trait aux clauses d'élection de for, le critère d'applicabilité devrait également être le même que pour les règles de compétence générale, c'est-à-dire que seul le tribunal saisi ayant à statuer sur la validité d'une clause d'élection de for doit être situé sur le territoire d'un État contractant. Cette règle s'appliquerait quelle que soit la situation du tribunal élu et même si le tribunal saisi n'est pas le tribunal élu. Par rapport aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'application distributive des Conventions se ferait de la manière suivante :

[70] Les travaux du Comité sur la procédure civile et commerciale de l'Association de Droit international (*International Law Association*) ont montré l'importance de ces mesures. En annexe au présent rapport se trouve la Résolution adoptée par l'ADI au cours de sa réunion d'Helsinki, 12 à 17 août 1996, voir ci-dessous p. 70 du présent tome. On pourra également tirer quelques idées-forces de l'étude de L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *RCADI*, vol. 234 (1992, tome III) p. 9 à 238. D'autres travaux peuvent être cités comme ceux de S. Gronstedt, *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1994; B.-R. Heiss, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr* (art. 24 EuGVÜ), Berlin, Duncker & Humblot, 1987; A. Eilers, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr, Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Bielefeld, E. & W. Gieseking, 1991. D'autres sujets de réflexion sont également à trouver dans l'étude de P. de Vareilles-Sommières, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *RCDIP* 1996, p. 397 et s.

[71] Cf. *infra* No 126.

[72] L'un des inconvénients d'une telle règle a trait à l'impossibilité pour le juge saisi d'utiliser les fors exorbitants exclus par la Convention alors que la Convention désigne un tribunal situé sur le territoire d'un État tiers. Les avis seront certainement partagés sur la nécessité ou non de réserver cette conséquence.

[73] Deux sortes d'accords bilatéraux peuvent exister : (1) ceux liant deux États contractants de la nouvelle Convention et qui auront été autorisés par elle auront priorité ; (2) ceux qui pourraient être conclus par les États de T_1 et de T_2 qui, à titre transitoire, s'entendront pour appliquer la règle de litispendance de la nouvelle Convention alors même que seulement un d'entre eux est Partie à cette Convention. Pour cela une disposition spéciale devra autoriser un État contractant à conclure un tel accord qui pourrait être fait sous forme de simple échange de lettres avec copie au dépositaire de la Convention ou au Bureau Permanent de la Conférence.

on them.[70] In our view, if it is to be useful the Convention must include such provisions, and below we suggest some of the lines they might take.[71]

Section 2 – Geographical scope

52 Here we come to one of the most difficult issues involved in the preparation of the future Convention. The first question which arises is the criterion or criteria for applying the Convention. As a Convention which will comprise direct forms of jurisdiction, it will have to be applied primarily by courts dealing with cases which involve a foreign element. It would be unthinkable for the Convention to apply if the court seised is not situated on the territory of a Contracting State. But since the Convention is to include rules for cases of *lis pendens*, for choice of court clauses and for the enforcement of decisions, the criteria for its application will have to be examined separately for each of these.

53 Moreover, as we know, the Brussels and Lugano Conventions, for all jurisdictional rules except those on exclusive jurisdiction and the validity of clauses on choice of court, apply only where the defendant is domiciled on the territory of a Contracting State. This restriction on the applicability of the Brussels and Lugano Conventions is not entirely satisfactory, and is the source of frequent criticism of the two instruments, which leave to non-treaty law all actions brought against defendants not domiciled on the territory of a Contracting State.

54 But the criteria chosen for applying the future Convention must enable it to be applied in a harmonious and distributive manner with the Brussels and Lugano Conventions, avoiding conflicts of treaties. This is why, after due reflection, it was felt that the future Convention should not be modelled on the general criterion for applying the Brussels and Lugano Conventions. This would make it possible to find ready and harmonious solutions, such as those suggested below.

55 As regards all the rules of direct jurisdiction (except for *lis pendens*) the only criterion for geographical application of the new Convention should be the one proposed above, *i.e.*, that the court seised should be situated on the territory of a Contracting State.[72] In relation to the Brussels and Lugano Conventions, its application will be distributed as follows:

C.S. = N.C. → N.C.
D. = N.C.

C.S. = N.C. → N.C.
D. = B/L

C.S. = N.C. + B/L → B/L
D. = B/L [with or without N.C.]

C.S. = B/L → Non-treaty law of C.S.
D. = N.C. and outside B/L

C.S. = N.C. + B/L → N.C.
D. = outside B/L

C.S. = B/L → Non-treaty law of C.S.
D. = outside B/L and outside N.C.

C.S. = *Court seised*
D. = *Defendant*
N.C. = *Contracting State to the new Convention*
B/L = *Contracting State to Brussels and / or Lugano*

In a way, this system amounts to saying that the new Convention replaces the non-treaty law of the State of the court seised with regard to direct jurisdiction.

56 As regards *lis pendens*, the Convention must provide that it will apply only if the two courts between which there is a *lis pendens* are situated in two Contracting States of the new Convention. Consequently, the application of the new Convention and of the Brussels and Lugano Conventions will be distributed as follows:

C_1 = N.C. → N.C.
C_2 = N.C.

C_1 = N.C. + B/L → B/L
C_2 = N.C. + B/L

C_1 = N.C. + B/L → N.C.
C_2 = N.C.

C_1 = B/L → Non-treaty law of C_1 for C_1 and of C_2 for C_2
C_2 = N.C. [except where there is a bilateral agreement between C_1 and C_2][73]

C_1 = N.C. → Non-treaty law of C_1 for C_1 and of C_2 for C_2
C_2 = B/L [except where there is a bilateral agreement between C_1 and C_2]

C_1 = *Court [first] seised*
C_2 = *Court [second] seised*
N.C. = *Contracting State to the new Convention*
B/L = *Contracting State to Brussels and / or Lugano*

57 As regards the choice of court clauses, the criterion for application should, again, be the same as for the rules of general jurisdiction, *i.e.*, that only the court seised which has to decide on the validity of a choice of court clause has to be situated on the territory of a Contracting State. This rule would apply whatever the location of the chosen court and even if the court seised is not the court chosen. In relation to the Brussels and Lugano Conventions, the application of the new Convention would be as follows:

[70] The importance of these measures was brought out by the work of the Committee on civil and commercial procedure of the International Law Association. The Resolution adopted by the ILA during its meeting in Helsinki, held 12-17 August 1996, is annexed to the present report, see *infra* p. 71 of this tome. We can draw some leading ideas from L. Collins' study, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *RCADI*, Vol. 234 (1992, Tome III) pp. 9-238. Other works may be cited, among which those of S. Gronstedt, *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994; B.-R. Heiss, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr* (Art. 24 EuGVÜ), Berlin, Duncker & Humblot, 1987; A. Eilers, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr, Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Bielefeld, E. & W. Giesecking, 1991. Some valuable ideas will also be found in the study by P. de Vareilles-Sommières, "La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires", *RCDIP* 1996, pp. 397 *et seq.*

[71] *Cf. infra* No 126.

[72] One of the inconveniences of such a rule relates to the impossibility for the court seised of using the exorbitant bases of jurisdiction excluded by the Convention although the Convention designates a court situated on the territory of a non-Contracting State. Views on whether such a consequence must be reserved or not will probably differ.

[73] Two types of bilateral agreement are possible: (1) those that bind two Contracting States to the new Convention and that will have been authorised by the Convention take priority; (2) those that may be concluded by the States of C_1 and C_2 which, as a transitional measure, will agree to apply the *lis pendens* rule of the new Convention even though only one of the States is a Party to this Convention. For such a case a special provision should authorise a Contracting State to conclude such an agreement, which could take the form of a simple exchange of letters with copy to the depositary of the Convention or to the Permanent Bureau of the Conference.

T.S. = N.C. → N.C.
T.E. = B/L
P. = B/L
T.S. = B/L → Droit commun de T.S.
T.E. = N.C.
P. = B/L ou N.C.
T.S. = B/L + N.C. → B/L
T.E. = B/L [+ N.C.]
P. = B/L [+ N.C.]

T.S. = *Tribunal saisi*
T.E. = *Tribunal élu*
P. = *Une des parties à l'accord d'élection de for*
N.C. = *État contractant de la nouvelle Convention*
B/L = *État contractant de Bruxelles et / ou Lugano*

58 Enfin, pour ce qui est de l'exécution des décisions, il conviendra de privilégier le critère selon lequel l'État d'origine et l'État requis doivent tous deux être contractants de la nouvelle Convention pour que ses dispositions en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions puissent s'appliquer. La répartition entre la nouvelle Convention et les Conventions de Bruxelles et de Lugano se fera de la manière suivante :

E.O. = N.C. + B/L → N.C.
E.R. = N.C.
E.O. = N.C. → N.C.
E.R. = N.C. + B/L
E.O. = B/L + [N.C.] → B/L
E.R. = B/L + [N.C.]
E.O. = B/L → Droit commun E.R. sauf accord bilatéral ou déclaration unilatérale de E.R. qu'il appliquera N.C.
E.R. = N.C.

E.O. = N.C. → Droit commun sauf accord bilatéral
E.R. = B/L

E.O. = *État d'origine*
E.R. = *État requis*
N.C. = *État contractant de la nouvelle Convention*
B/L = *État contractant de Bruxelles et / ou Lugano.*

CHAPITRE II — COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE DIRECTE

59 L'œuvre de la Commission spéciale en matière de compétence juridictionnelle internationale directe sera particulièrement importante dans la mesure où les attentes de la pratique sont multiples et pressantes mais particulièrement confrontationnelles puisque les intérêts du demandeur et ceux du défendeur sont, par essence, diamétralement opposés et que le rôle des États est avant tout de proposer un équilibre le plus juste possible entre ces intérêts divergents. Or, force est de reconnaître qu'aujourd'hui le plus grand désordre règne en cette matière hors la sphère géographique des Conventions de Bruxelles et de Lugano. C'est ainsi que l'on voit fleurir de plus en plus d'actions destinées à « bloquer » des procédures entreprises ou prévisibles à l'étranger (« *anti-suit injunction* » ou actions déclaratoires par ex.)[74]. De telles actions ne nous paraissent pas admissibles dans un cadre international relativement ordonné qui serait celui résultant de la nouvelle Convention[75].

[74] Sur les « *anti-suit injunctions* » en droit américain, cf. A.N. Vollmer, « US Federal Court Use of Anti-suit Injunction to Control International Forum Selection », *in* J. Goldsmith (dir.) *International Dispute Resolution : The Regulation of Forum Selection*, Irvington NY, Transnational Publishers Inc., 1997, p. 237 et s.

[75] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 17. Pour se convaincre du caractère complexe et délicat des *anti-suit injunctions* ne suffit-il pas de lire la saga de l'affaire Airbus Industrie contre les consorts Patel dans laquelle pas moins de trois procédures sont respectivement pendantes en Inde, au Texas et au Royaume-Uni (cf. *Airbus Industrie GIE c. Patel & Others* (*The Times*, 12 août 1996)). Nous pensons que si une convention existait pour la compétence, de telles procédures auraient pu être évitées.

60 Avant d'aborder les chefs de compétence qui pourraient être prévus dans la future Convention ou en être exclus (sections 2, 3 et 4) nous avons pensé utile de rappeler quelques principes concernant l'influence du droit international public sur la détermination de la compétence juridictionnelle des États et d'aborder la question de la nature générale ou spéciale des règles de compétence à prévoir, tout particulièrement dans le cadre des problèmes spécifiques que posent les États fédéraux ainsi que la nature rigide ou flexible des règles de compétence ou les limitations qu'elles doivent connaître (section 1) ; pour terminer par quelques remarques sur la coordination en matière de compétences concurrentes (section 5) et l'incidence de la structure double ou mixte de la future Convention (section 6).

Section 1 – Principes généraux

1 *Influence du droit international public*[76]

61 Lorsque des États souverains se réunissent pour négocier ensemble un traité international portant dispositions de droit international privé, ils réalisent la fusion des sources et de la fonction des règles de droit international privé. C'est dans une situation « idéale » que se trouve donc la Commission spéciale chargée de préparer la nouvelle Convention portant dispositions en matière de compétence juridictionnelle internationale. Les États représentés au sein de cette Commission spéciale devront s'assurer de l'étendue de la marge de manœuvre que le droit international public leur laisse pour ce faire. À l'intérieur de ce champ de liberté, ils devront à la fois faire preuve de *self-restraint* et de comportements raisonnables.

62 Le droit international public ne permet pas à un État d'édicter une norme ni d'autoriser l'un de ses organes à définir des normes en dehors des limites qu'il pose[77]. Tout le problème se trouve alors dans la sanction de cette violation du droit international public. Comme le note justement Pierre Mayer, la responsabilité de l'État pourrait être recherchée mais, en pratique, les rares protestations diplomatiques que l'on a connues n'ont guère eu d'utilité[78]. La sanction est, en réalité, beaucoup plus au plan pratique puisque les autres États pourront refuser de reconnaître la compétence ainsi exercée soit en autorisant leurs propres tribunaux, dans la même affaire, à se déclarer compétents, soit en refusant de donner effet au jugement rendu par les tribunaux de l'État qui s'est déclaré compétent hors les limites du droit international public, soit, enfin, en alliant ces deux sanctions qui vont souvent de pair en pratique. Cette sanction est indirectement efficace car elle porte préjudice à certains opérateurs privés tout en protégeant d'autres. Plusieurs systèmes judiciaires seront donc en concurrence avec les conséquences inévitables de pertes de temps, d'inefficacité dans l'administration de la justice, de coûts supplémentaires alors que tous les budgets publics se trouvent aujourd'hui sous restriction drastique ; que la plupart des rôles des juridictions sont encombrés, voire engorgés, et que les tribunaux nationaux ont de plus en plus

[76] La littérature sur la question de l'interférence du droit international public sur le droit international privé, et particulièrement sur la détermination de la compétence juridictionnelle internationale, est très abondante. Pour les développements qui vont suivre, nous nous sommes essentiellement inspirés des travaux suivants : H. Batiffol, « Les sources internationales du droit international privé », *Cours IHEI* 1969-1970 ; « Point de contact entre le droit international public et le droit international privé », *Mélanges Yanguas Messia*, Madrid, *Consejo Superior de Investigaciones Cientificas*, 1972, p. 77 ; F.A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye* 1964, tome 111, p. 1 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence », *RCDIP* 1979, p. 1, 349 et 537 ; C. McLachlan « The Influence of International Law on Civil Jurisdiction », *Annuaire de La Haye de droit international*, 1993, p. 125 ; P.D. Trooboff, « The Growing Interaction between Private and Public International Law », *Annuaire de La Haye de droit international*, 1994, p. 107 ; P. de Vareilles-Sommières, *La compétence normative de l'État en matière de droit privé – droit international public et droit international privé*, thèse Paris I, 1992 ; K.M. Meessen (dir.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, La Haye, Kluwer Law International, 1996.

[77] C'est en cela que l'on peut dire que le droit international public est un « droit des limites » (*Grenzrecht*).

[78] P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 22 et la note 28.

C.S.	=	N.C.	→ N.C.
C.C.	=	B/L	
P.	=	B/L	
C.S.	=	B/L	→ Non-treaty law of C.S.
C.C.	=	N.C.	
P.	=	B/L or N.C.	
C.S.	=	B/L + N.C.	→ B/L
C.C.	=	B/L [+ N.C.]	
P.	=	B/L [+ N.C.]	

C.S. = *Court seised*
C.C. = *Chosen court*
P. = *One of the parties to the choice of court agreement*
N.C. = *Contracting State to the new Convention*
B/L = *Contracting State to Brussels and / or Lugano*

58 Finally, as regards the enforcement of decisions, preference should be given to the criterion whereby the State of origin and the State addressed must both be Contracting Parties to the new Convention in order for its provisions on the recognition and enforcement of decisions to apply. The distribution as between the new Convention and the Brussels and Lugano Conventions will then be as follows:

S.O.	=	N.C. + B/L	→ N.C.
S.A.	=	N.C.	
S.O.	=	N.C.	→ N.C.
S.A.	=	N.C. + B/L	
S.O.	=	B/L + [N.C.]	→ B/L
S.A.	=	B/L + [N.C.]	
S.O.	=	B/L	→ Non-treaty law of S.A. except where
S.A.	=	N.C.	there is a bilateral agreement or a unilateral declaration by S.A. that it will apply N.C.
S.O.	=	N.C.	→ Non-treaty law except by bilateral
S.A.	=	B/L	agreement

S.O. = *State of origin*
S.A. = *State addressed*
N.C. = *Contracting State to the new Convention*
B/L = *Contracting State to Brussels and / or Lugano*

CHAPTER II – DIRECT INTERNATIONAL JURISDICTION

59 The achievements of the Special Commission on direct international jurisdiction will be especially important, because of the many pressing practical demands, yet also highly confrontational in nature, since the interests of the claimant and those of the defendant are, in essence, diametrically opposed, and the primary role of the State is to offer the fairest balance achievable between these diverging interests. But it has to be admitted that there is considerable confusion nowadays in this area, outside the geographical sphere of the Brussels and Lugano Conventions. The result is a proliferation of cases which are intended to "block" proceedings already in progress abroad, or expected to be instituted abroad (anti-suit injunctions or actions for declaratory judgments, for example).[74] Such actions are not, in our view, admissible in the relatively organised international framework which would take shape with the new Convention.[75]

60 Before turning to the grounds of jurisdiction which may be laid down in the future Convention, or excluded from it (sections 2, 3 and 4), it is useful to recall some principles relating to the influence of public international law on the determination of the jurisdiction of States, and to touch on the question of the general or special character of the jurisdictional rules to be devised, especially in the light of the special problems posed by federal States, and the nature of the jurisdictional rules – whether rigid or flexible – or the restrictions which should accompany them (section 1). We conclude with some brief comments on co-ordination in the matter of concurrent jurisdiction (section 5) and the impact of the double or mixed structure of the future Convention (section 6).

Section 1 – General principles

1 *Influence of public international law*[76]

61 When sovereign States meet in order to negotiate together an international treaty comprising private international law provisions, they effect a merger between the sources and the function of the rules of private international law. The Special Commission responsible for preparing the new Convention consisting of provisions on international jurisdiction therefore finds itself in an "ideal" position. The States represented on this Special Commission must ascertain for themselves how much room for manoeuvre public international law gives them to do so. Within this margin of freedom, they must observe both self-restraint and reasonable conduct.

62 Public international law does not authorise a State, beyond the limits which it sets for them, to lay down a norm or to permit one of its institutions to define norms.[77] The crux of the problem is therefore how to sanction such breaches of public international law. As Pierre Mayer rightly points out, it may be possible to pin responsibility on a State but, in practice, the few diplomatic protests voiced have had hardly any impact.[78] The sanctions are to be found much more on a practical level, since other States may refuse to recognise jurisdiction exercised in this manner, either by authorising their own courts to find they have jurisdiction in the same case, or by refusing to give effect to a judgment delivered by the courts of a State which has declared itself competent outside the limits of public international law; or, perhaps, by combining both kinds of sanction, which in practice are often found together. This type of sanction is effective in an indirect sense, since it does harm to some private operators while protecting others. Several judicial systems will therefore be acting concurrently, with the inevitable consequences of wasted time, inefficiency in the administration of justice, and extra cost at a time when all public budgets are severely restricted, when case dockets for most courts are overloaded, not to say saturated, and when national courts have ever

[74] For "anti-suit injunctions" in United States law, see A.N. Vollmer, "US Federal Court Use of Anti-suit Injunction to Control International Forum Selection", in J. Goldsmith (ed.) *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, Irvington NY, Transnational Publishers Inc., 1997, pp. 237 *et seq.*

[75] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 17. To convince oneself of the delicate and complex character of anti-suit injunctions, it is sufficient to read the saga in the *Airbus Industry v. the Patels* case in which no less than three procedures are respectively pending in India, Texas and the United Kingdom (*cf. Airbus Industry GIE v. Patel & others* (*The Times*, 12 August 1996)). We are of the opinion that if a convention had existed on jurisdiction, such multiple procedures could have been avoided.

[76] There is a vast literature on the impact of public international law on private international law, especially on the determination of international jurisdiction. In the following discussion, we have drawn mainly on the following works: H. Batiffol, "Les sources internationales du droit international privé", *Cours IHEI* 1969-70; "Point de contact entre le droit international public et le droit international privé", *Mélanges Yanguas Messia*, Madrid, *Consejo Superior de Investigaciones Cientificas*, 1972, p. 77; F.A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 1964, Vol. 111, p. 1; P. Mayer, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence", *RCDIP* 1979, pp. 1, 349 and 537; C. McLachlan, "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, 1993, p. 125; P.D. Trooboff, "The Growing Interaction between Private and Public International Law", *Hague Yearbook of International Law*, 1994, p. 107; P. de Vareilles-Sommières, *La compétence normative de l'État en matière de droit privé – droit international public et droit international privé*, thesis, Paris I, 1992; K.M. Meessen (ed.), Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, The Hague, Kluwer Law International, 1996.

[77] This is why one may say that public international law is a "law of the limits" (*Grenzrecht*).

[78] P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 22 and note 28.

de difficultés à prononcer des décisions dans des délais raisonnables.

63 C'est pourquoi il convient de rechercher les principes, voire les règles, posés par le droit international public pour mieux définir la compétence des États. Il est banal de commencer l'étude de cette question en citant l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus* dans lequel la Cour s'exprime ainsi :

> « [L]oin de défendre, d'une manière générale, aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »[79]

Il convient alors de se demander si la compétence que l'État possède est définie plus précisément par le droit international public[80]. L'État, en effet, ne peut user que de la compétence qui lui serait reconnue en rendant des jugements dans les limites de cette compétence. Que l'État définisse des règles de compétence internationale directe, permet au juge et aux justiciables de connaître par avance les cas dans lesquels l'État a l'intention d'exercer les pouvoirs que lui reconnaît le droit international public.

64 Il est d'ores et déjà possible de déduire de ce qui précède que l'un des principes fondamentaux devant diriger l'activité de l'État en matière de délimitation de la compétence juridictionnelle directe de ses tribunaux, est la *prévisibilité*. C'est parce que les règles de compétence sont destinées à appeler l'attention des justiciables sur les cas dans lesquels les tribunaux pourront statuer sur les droits substantiels qui leur sont reconnus, que les règles doivent être claires, précises, et rédigées de telle manière qu'elles permettent aux justiciables de déterminer par avance avec une certitude, si possible totale, quel tribunal sera à même de rendre le jugement attendu.

65 On peut ainsi résumer les règles essentielles posées par le droit international public :

(a) Chaque État a compétence exclusive pour s'auto-organiser[81], ce qui signifie qu'il peut créer les organes destinés à dire le droit comme il l'entend, définir les hypothèses d'intervention de ces organes et décrire le processus normatif notamment quant à la procédure[82]. Cette compétence est toutefois qualifiée par l'exigence des droits fondamentaux reconnus aux citoyens d'un accès égal et efficace à la justice[83].

(b) La doctrine classique reconnaît aux États une compétence sur les personnes et sur les biens se trouvant sur leur territoire (compétence territoriale) ; sur leurs nationaux, même non présents sur leur territoire (compétence personnelle) ; relativement à leurs services publics, même si cette compétence est controversée[84]. Cette compétence en triptyque est loin de forger le fondement justifiant les multiples chefs de compétence qui ont été développés par le droit international privé. En réalité, son défaut essentiel est d'avoir été édictée comme une conséquence découlant du principe de souveraineté des États[85]. Mais l'intérêt que l'on peut voir dans ce triptyque, c'est la notion de « *lien substantiel* » ou « *lien significatif* » exigée entre le for et le litige.

Certains chefs de compétence peuvent être rattachés, incontestablement, soit à la compétence territoriale soit à la compétence personnelle reconnue par le droit international public. À la compétence territoriale se rattachent notamment la compétence donnée au tribunal du domicile actuel du défendeur ainsi que le *forum arresti*. En revanche, le *forum patrimonii* ne se rattache ni à l'une ni à l'autre des compétences visées en (b) ci-dessus et semble donc ne pas pouvoir être admis. On peut cependant douter que la compétence du tribunal du lieu du délit ou du quasi-délit ou la compétence de choix des parties soit rattachable aux compétences de droit international public. Il convient vraisemblablement de rechercher d'autres principes de droit international public qui peuvent les justifier.

(c) La doctrine contemporaine, s'appuyant en cela sur les grands textes fondamentaux en matière de droits civils et politiques, reconnaît aux États une compétence que l'on pourrait qualifier de « proximité » selon laquelle chacun d'entre eux doit pouvoir accueillir une action judiciaire liée de manière significative avec son territoire soit au travers des circonstances de la cause soit en raison des liens des parties à ce litige. On peut considérer que cette règle dite « du lien significatif » n'est qu'une explication contemporaine de la règle classique exposée ci-dessus. Elle perd un peu en précision pour gagner en flexibilité et en adaptabilité par rapport aux faits de plus en plus complexes et interreliés de la vie et des relations internationales.

66 Les conséquences de ce qui précède pour le travail de la Commission spéciale nous paraissent pouvoir se résumer ainsi : (1) privilégier la prévisibilité pour les justiciables chaque fois que cela sera possible ; (2) pour chaque règle de compétence admise, vérifier qu'elle révèle bien un lien significatif entre le for, les circonstances de la cause et les parties au litige ; (3) exclure toute compétence qui ne révèle pas ce lien significatif ; (4) en cas de doute, admettre une clause d'exception suffisamment encadrée pour ne pas anéantir l'exigence de prévisibilité.

2 *Rigidité ou souplesse des règles de compétence ? (*forum non conveniens*)*[86]

67 En droit comparé, deux grands systèmes s'opposent : celui des pays de tradition romano-germanique qui favorise des règles de compétence rigides ; et celui des pays de *common law* qui, au contraire, privilégie des règles de compétence flexibles.

68 Dans les pays qui favorisent les règles de compétence rigides, le juge, une fois vérifié qu'il est bien compétent au regard des règles de compétence juridictionnelle internationale applicables, n'a pas le droit ni le pouvoir de refuser d'exercer sa compétence, pour quelque raison que ce soit. L'avantage de ce système est incontestablement une grande certitude pour les justiciables et une prévisibilité quasi totale. L'inconvénient est bien connu : les règles de compétence juridictionnelle sont

[79] Arrêt No 9 du 7 septembre 1927, *CPJI série A*, No 10, *RCDIP* 1928, p. 354, note Donnedieu de Vabres.

[80] P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 15 et 16, explique que la terminologie « compétence internationale » n'est pas appropriée dans la mesure où ce n'est pas aux États mais au droit international public de déterminer la compétence. L'accord de deux États ou de plusieurs est impuissant à modifier, en plus ou en moins, la compétence que le droit international public reconnaît à chacun d'eux. Si la compétence fondée sur la nationalité du demandeur n'est pas reconnue par le droit international public, l'accord de deux États décidant que leurs tribunaux seront respectivement « compétents » si le demandeur est un de leurs nationaux ne constitue rien d'autre qu'un double abus de « compétence ». « Le Traité n'est en réalité qu'une prise de position collective quant à l'usage (éventuellement abusif) que feront les États parties de leur compétence, prise de position assortie de l'obligation pour chaque État vis-à-vis des autres de maintenir ses tribunaux dans les limites définies par lui par le Traité et de ne pas contester l'usage que feront les autres du pouvoir qui leur est reconnu. »

[81] Voir H. Thierry, J. Combacau, S. Sur, Ch. Vallée, *Droit international public*, Précis Domat, Paris, Montchrestien, 1975, p. 234.

[82] Voir P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 374.

[83] Déclaration universelle des Droits de l'Homme, art. 8 et 10 notamment. La *Convention européenne des droits de l'homme*, en son art. 6.1, prévoit que demandeur et défendeur doivent être traités de manière égale.

[84] P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 540.

[85] Voir notamment M. Mann (*op. cit.* note 76), p. 22.

[86] En annexe II au présent rapport (qui n'est pas reproduite dans ce tome) on trouvera une communication que l'auteur a donnée au *Sokol Colloquium* tenu à Charlottesville, Virginie (États-Unis d'Amérique), en mars 1996 et donnant quelques pistes de réflexion sur la manière dont on peut aborder les questions liées à la saisine d'un for inapproprié : C. Kessedjian, « Judicial Regulation of Improper Forum Selections », *in* J. Goldsmith (dir.) (*op. cit.* note 74), p. 273 et s. (texte original en langue anglaise).

greater difficulty in reaching their decisions within reasonable time limits.

63 For this reason, it is worth examining which are the principles or indeed the rules of public international law which can provide a better definition of State jurisdiction. The best starting point is, of course, the judgment of the Permanent Court of International Justice in the *Lotus* case:

> "Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable."[79]

One must therefore ask whether the jurisdiction of States is not more accurately defined by public international law.[80] One State can only use the power conferred on it by rendering judgments within the limits of that power. When the State defines rules of direct international jurisdiction, it allows judges and litigants to know in advance the hypothesis in which the State has the intention to exercise the powers which it enjoys under public international law.

64 An immediate conclusion from the foregoing is that one of the fundamental principles which ought to guide States in delimiting the direct jurisdiction of their courts is *predictability*. Because the jurisdictional rules are there to focus the attention of litigants on those instances in which courts may reach a finding on their substantive rights, the rules must be clear and precise, formulated so as to enable litigants to decide in advance, if possible with total certainty, which court will be able to render the anticipated judgment.

65 The basic rules derived from public international law can be summarised as follows:

(a) Every State has exclusive power to organise its own affairs;[81] this means that it can create institutions for the purpose of stating the law as it understands it, define the circumstances in which these institutions may act, and determine the normative process, notably as concerns procedure.[82] However, this power is constrained by the fundamental right of citizens to enjoy equal and effective access to justice.[83]

(b) According to traditional theory, States have jurisdiction over people and property located on their territory (territorial jurisdiction); over their nationals, even those not present on their territory (personal jurisdiction); and in respect of their public services, although this type of jurisdiction is often controverted.[84] This threefold definition of types of jurisdiction is far from adequate to constitute the basis for the many grounds of jurisdiction which have been developed by private international law. Its essential shortcoming is that it was devised as a corollary to the principle of State sovereignty.[85] But the value of this triptych is the idea that there has to be some "substantial" or "significant" connection between the forum and the case.

Undoubtedly, some grounds of jurisdiction can be linked either to the territorial jurisdiction or to the personal jurisdiction recognised in public international law. Notably, the jurisdiction granted to the courts of the defendant's domicile, and the *forum arresti*, come under the heading of territorial jurisdiction. However, the *forum patrimonii* is not related to either of the types of jurisdiction mentioned in (b) above, and therefore seems to be excluded. It is doubtful whether the jurisdiction of the courts of the place where a tort or quasi-tort was committed, or the capacity of the parties to elect a forum, can be classified as grounds of jurisdiction under public international law. For these, it is probably best to look for other principles of public international law.

(c) Contemporary authors, inspired by key texts on civil and political rights, agree that States have jurisdiction of a kind which can be described as "proximity", whereby every State must be able to entertain a court action having a significant link with its territory, either through the circumstances of the case, or because of the connections of the parties to the case. This rule, called the "significant connection" rule, could be regarded merely as a modern version of the traditional rule explained above. While losing somewhat in precision, it represents a gain in flexibility and in the capacity to adapt to the increasingly complex and interlinked facts of international life and relationships.

66 The implications of this for the work of the Special Commission may be summarised as follows: (1) predictability for litigants should, wherever possible, be given priority; (2) it must be ascertained that every jurisdictional rule admitted does in fact disclose a significant connection between the forum, the circumstances of the case and the parties to the dispute; (3) all forms of jurisdiction not disclosing such a significant link must be excluded; (4) in case of doubt, provision should be made for an exceptional clause which is sufficiently well defined to safeguard the requirement of predictability.

2 *Rigid or flexible jurisdictional rules? (*forum non conveniens*)*[86]

67 In comparative law, there are two major contrasting systems: that of civil law countries which prefer rigid rules of jurisdiction; and the system of common law countries, which prefers flexible rules of jurisdiction.

68 In the countries which prefer rigid rules, once the court has ascertained that it has jurisdiction under the applicable rules of international jurisdiction, it has neither the right nor the power to decline jurisdiction, for whatever reason. The advantage of this system is, of course, the high degree of certainty offered to the litigants, and its virtually total predictability. Its disadvantage is well known: the rules of jurisdiction are framed in an abstract sense, in the hope that they will

[79] Judgment No 9 of 7 September 1927, *PCIJ Series A*, No 10, *RCDIP* 1928, p. 354, note by Donnedieu de Vabres.
[80] P. Mayer (*op. cit.* note 76), pp. 15 and 16, explains that the term "international jurisdiction" is not appropriate, since it is not for States, but for public international law, to determine jurisdiction. An agreement between two or more States cannot increase or decrease the jurisdiction accorded to each of them by public international law. If the jurisdiction based on the nationality of the plaintiff is not recognised by public international law, an agreement between two States to the effect that their respective courts will be "competent" if the plaintiff is one of their nationals is merely a double misuse of "competence". "A treaty is, in fact, nothing other than a collective decision on the use – right or wrong – which States Parties will make of their jurisdiction. It carries with it an obligation on every State, vis-à-vis the others, to keep its courts within the limits set for it by the treaty, and not to challenge the use made by others of the authority they are recognised to enjoy." (Translation by the Permanent Bureau.)
[81] See H. Thierry, J. Combacau, S. Sur, Ch. Vallée, *Droit international public, Précis Domat*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 234.
[82] See P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 374.
[83] Universal Declaration of Human Rights, esp. Arts 8 and 10. The *European Convention on Human Rights*, in Art. 6.1, stipulates that the plaintiff and the defendant must enjoy equal treatment.
[84] P. Mayer (*op. cit.* note 76), p. 540.
[85] See M. Mann (*op. cit.* note 76), p. 22.
[86] Annex II to this report (which has not been reproduced in this tome) is a lecture given by the writer to the Sokol Colloquium at Charlottesville, Virginia (United States of America), in March 1996, offering some thoughts on a possible approach to the issues related to seising an inappropriate court: C. Kessedjian, "Judicial Regulation of Improper Forum Selections", in J. Goldsmith (ed.) (*op. cit.* note 74), pp. 273 *et seq.*

créées de manière abstraite, dans l'espoir qu'elles vont satisfaire le plus grand nombre d'hypothèses concrètes, mais sans qu'aucune adaptation *a posteriori* au cas concret dont le juge est saisi puisse, exceptionnellement, pallier la trop grande abstraction de la règle. Les systèmes qui connaissent cette tradition ont créé une règle de substitution pour pallier les injustices trop criantes qui résulteraient d'un conflit négatif de compétence. Pour éviter un possible déni de justice, le juge doit se déclarer compétent alors qu'aucun autre tribunal est compétent ou ne peut être efficacement saisi[87] et qu'aucun autre critère ne fonde sa compétence dans le litige en cause. Cette règle se trouve admise comme chef de compétence indirecte dans la *Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères*[88].

69 En ce qui concerne les pays de tradition de *common law*, une grande flexibilité est apportée à l'application concrète des règles de compétence juridictionnelle internationale grâce au mécanisme du *forum non conveniens*. À cet égard, il nous suffit de renvoyer le lecteur à la lecture des quatre documents établis respectivement par l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni pour être distribués aux délégués de la Commission spéciale qui s'est tenue à La Haye au mois de juin 1996[89]. Par ailleurs, le lecteur voudra bien également consulter le Rapport de synthèse préparé par le professeur J.J. Fawcett intitulé « Declining Jurisdiction in Private International Law »[90].

70 La question qui va désormais nous préoccuper est le point de savoir si une théorie similaire à celle du *forum non conveniens* a sa place dans le cadre d'une Convention sur la compétence et l'exécution des jugements et si elle est souhaitable[91]. Si la réponse est affirmative, il conviendra alors de s'interroger sur les précisions que la future Convention pourrait comporter afin de donner un guide au juge qui serait confronté à une question de *forum non conveniens*.

71 Cette discussion a déjà été abordée dans le cadre des travaux de la Commission spéciale de juin 1994[92] et celle de juin 1996[93]. On sait que, dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la question a été posée de savoir si la théorie du *forum non conveniens* pouvait avoir sa place. La Convention elle-même ne se prononce pas. Le Rapport Jenard[94] ne se prononce pas non plus pour la simple raison que, à l'origine, les six États qui ont négocié entre eux la Convention de 1968 ne connaissaient pas la théorie du *forum non conveniens*. Le Rapport Schlosser sur la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni aborde cette question[95] compte tenu de ce que l'Irlande et le Royaume-Uni avaient initialement demandé une adaptation du texte de la Convention pour inclure la théorie du *forum non conveniens*. Le professeur Schlosser explique que les États contractants, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, sont non seulement autorisés mais également tenus d'exercer la compétence qui leur est conférée par la Convention ; que le demandeur doit bénéficier d'une certitude sur la compétence du tribunal ; que l'on ne doit pas perdre temps et argent pour considérer et évaluer la compétence du tribunal ; que l'applicabilité d'un droit étranger ne peut pas être prise en considération dans le cadre de la Convention ; que le choix délibérément donné au demandeur par les règles de la Convention ne doit pas être affaibli par l'application d'une doctrine de *forum non conveniens* ; les raisons fondamentales qui justifient l'application de la doctrine du *forum non conveniens* sont en grande partie évincées par les règles mêmes de la Convention (éviction des fors exorbitants, notion unifiée de domicile[96], notamment). Le professeur Schlosser conclut ainsi que « eu égard à ces arguments, l'Irlande et le Royaume-Uni ont renoncé à une adaptation du texte de la Convention sur ce point »[97].

72 Si en sa qualité de Rapporteur sur la Convention d'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni à la Convention de Bruxelles, le professeur Schlosser apparaissait donc comme plutôt défavorable à la théorie du *forum non conveniens* dans le cadre de cette Convention, en sa qualité d'auteur et de professeur, il adopte une attitude plus tolérante[98].

73 Toutes les raisons énoncées par le professeur Schlosser dans son Rapport et qui représentent l'état d'esprit des pays de tradition romano-germanique demeurent, nous semble-t-il, d'actualité. Toutefois, les travaux des deux Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 ont montré que si une adoption générale d'un principe de *forum non conveniens* peut être inacceptable dans le cadre d'une convention double, une telle application à titre d'exception et de manière ponctuelle pourrait éventuellement être envisagée[99]. D'après les discussions qui ont eu lieu dans le cadre de cette Commission spéciale, il semble que l'on puisse arriver à un consensus qui consisterait à limiter l'application d'un mécanisme similaire à celui du *forum non conveniens* aux hypothèses de fors concurrents prévues par la Convention en excluant un tel mécanisme des actions engagées devant un juge ayant une compétence exclusive[100]. En revanche, il a été beaucoup plus discuté et aucune conclusion définitive n'a pu être atteinte pour savoir si un tel mécanisme serait admissible lorsque le tribunal saisi est celui du domicile du défendeur[101].

74 Admettre un mécanisme similaire à celui du *forum non conveniens* entraînerait les délégués à régler les questions suivantes :

– les éléments que le juge saisi peut prendre en considération pour refuser d'exercer sa compétence ;

– les éléments que le juge saisi n'a pas le droit d'utiliser pour refuser d'exercer sa compétence (par ex. la nationalité de l'une ou l'autre des parties en cause ou le droit applicable au fond) ;

– le point de savoir si le juge saisi doit agir seul ou consulter et agir en coopération avec celui ou ceux des autres juges qui pourraient être compétents pour l'action en cause ;

– le mécanisme du transfert de la cause au juge considéré comme étant mieux placé pour juger du litige ;

[87] La notion même de « tribunal qui ne peut être efficacement saisi » est délicate à définir. Doit-il s'agir d'une impossibilité matérielle et objective de saisine ou d'une impossibilité subjective ? La jurisprudence est peu abondante et la doctrine diffère d'opinion. Pour la suite des travaux de la Commission spéciale, les délégations ont été invitées à adresser au Bureau Permanent une brève note sur le « déni de justice » en tant que chef de compétence subsidiaire tel qu'appliqué dans leur pays (l'annexe III au présent rapport, « Questionnaire sur le déni de justice ou for de nécessité » établi par C. Kessedjian, n'est pas reproduite dans ce tome mais elle est accessible à l'adresse <www.hcch.net>). Au vu de ces réponses, un document de synthèse était ensuite établi par le Bureau Permanent et distribué aux délégations.

[88] Art. 2.

[89] Cf. annexes A, B, C et D à la « Note sur la question du '*forum non conveniens*' dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 3 d'avril 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

[90] *Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athènes, août 1994, Oxford, Clarendon Press, 1995, reproduit comme annexe E du Doc. prél. No 3 d'avril 1996 (*ibid.*).

[91] Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette question, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260.

[92] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 32.

[93] Voir Doc. prél. No 3 d'avril 1996 (*op. cit.* note 89) et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), Nos 5 à 10 inclus.

[94] P. Jenard, Rapport sur la Convention de Bruxelles, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 1 à 65.

[95] *Op. cit.* note 65, Nos 76 à 81 inclus.

[96] Cette seconde raison est en partie fausse puisque les dispositions concernant la définition du domicile dans la Convention de Bruxelles (art. 52 et 53) renvoient soit au droit interne soit au droit international privé du juge saisi ou de l'État dans lequel le domicile est situé, s'il diffère de celui du juge saisi.

[97] *Ibid.*, No 78.

[98] Cf. discussion au cours du Colloque qui s'est tenu à Charlottesville, VA (États-Unis d'Amérique), au mois de mars 1996 (Sokol Colloquium) sur le thème : *International Dispute Resolution : The Regulation of Forum Selection*. Pour les actes du colloque, sans les discussions, cf. J. Goldsmith (dir.) (*op. cit.* note 74).

[99] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 32 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 7.

[100] *Ibid.*, No 9.

[101] *Ibid.*, Nos 9 et 10.

fit the largest number possible of actual cases, but without any potential adaptation *a posteriori* to the concrete case of which the judge is seised – adaptation which may exceptionally be rendered necessary by the overly abstract nature of the rule. The systems based on this tradition have developed a rule of substitution, in order to offset the most flagrant types of injustices which would result from a negative conflict of jurisdictions. To avoid a possible denial of justice, the court must rule that it has jurisdiction if no other court is competent or cannot be effectively seised of the case[87] and if there is no other criterion on which to base its jurisdiction in the case concerned. This rule is accepted as a ground of indirect jurisdiction in the *Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments*.[88]

69 As regards the countries in the common law tradition, they exercise considerable flexibility in practice in applying the rules of international jurisdiction, thanks to the mechanism of *forum non conveniens*. In this regard, we would simply refer the reader to the four documents prepared, respectively, by Australia, Canada, the United States of America and the United Kingdom for circulation to the experts of the Special Commission which met at The Hague in June 1996.[89] The reader may also wish to consult the Report prepared by Professor J.J. Fawcett, entitled "Declining Jurisdiction in Private International Law".[90]

70 The issue which now concerns us is whether a theory similar to that of *forum non conveniens* has a rightful place in a Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments, and whether it would be desirable.[91] If so, one must then ask what specific elements the future Convention should include as guidance for a court confronted with an issue of *forum non conveniens*.

71 This topic was touched upon during the proceedings of the Special Commission of June 1994[92] and that of June 1996.[93] As we know, in the context of the Brussels and Lugano Conventions, the question was raised whether room should be made for the theory of *forum non conveniens*. The Convention itself is silent on the subject. So is the Jenard Report,[94] for the simple reason that, initially, the six States which negotiated the 1968 Convention among themselves were not familiar with the theory of *forum non conveniens*. The Schlosser Report on the Convention of 9 October 1978 concerning the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom deals with this question,[95] in light of the fact that Ireland and the United Kingdom had initially asked for the text of the Convention to be adapted to include the theory of *forum non conveniens*. Professor Schlosser explains that Contracting States to the Brussels Convention are not only empowered, but actually bound, to exercise the jurisdiction conferred on them by the Convention; that the plaintiff must be certain that the court has jurisdiction; that time and money must not be squandered in considering and appraising the jurisdiction of the court; that the applicability of a foreign law may not be taken into consideration for the purposes of the Convention; that the choice which is deliberately given to the plaintiff by the rules of the Convention must not be suborned by applying a theory of *forum non conveniens;* the fundamental rules warranting the application of the doctrine of *forum non conveniens* are largely overridden by the Convention's own rules (such as the outlawing of exorbitant fora, the unified concept of domicile[96]). Professor Schlosser therefore concludes that in the light of these arguments, Ireland and the United Kingdom gave up the idea of adapting the text of the Convention on this point.[97]

72 Although Professor Schlosser, as Rapporteur for the Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom to the Brussels Convention, seemed somewhat hostile to the theory of *forum non conveniens* for the purposes of that Convention, as writer and academic he takes a more tolerant approach.[98]

73 We think all the reasons he gives in his Report, representing the attitude of the civil law countries, still hold good. However, the proceedings of the two Special Commissions of June 1994 and June 1996 have shown that although it may be unacceptable in the context of a double convention to adopt a general principle of *forum non conveniens*, it might be feasible to apply it by way of exception and in certain specific cases.[99] In the light of the discussions within the Special Commission, it seems possible to achieve a consensus, by restricting the application of a mechanism similar to *forum non conveniens* to the instances of concurrent jurisdiction contemplated in the Convention, while excluding it from proceedings brought before a court with exclusive jurisdiction.[100] However, there was a lengthy and inconclusive discussion of the question whether a mechanism such as the *forum non conveniens* could be admissible when the court addressed is that of the defendant's domicile.[101]

74 Introducing a mechanism similar to that of the *forum non conveniens* would require the experts to resolve the following questions:

– the factors to be taken into account by the court seised when declining jurisdiction;

– the factors which the court seised may not rely upon in declining jurisdiction (for example, the nationality of one or other of the parties, or the law applicable to the merits);

– the question whether the court seised must act alone, or must consult and act in co-operation with the other court or courts which may have jurisdiction to deal with the case in issue;

– the mechanism for transferring the case to the court regarded as being the most appropriate to decide the case;

[87] The notion of a "court which cannot be effectively seised" is difficult to define. Must there be a substantive, objective impossibility, or only a subjective one? There is little case law on this point, and scholars take different views. For the further work of the Special Commission, delegations were invited to address to the Permanent Bureau a brief note on "denial of justice", as a subsidiary ground of jurisdiction as applied in their own countries (Annex III to this report, "Questionnaire on the denial of justice or forum of necessity", drawn up by C. Kessedjian, has not been reproduced in this tome but is available at <www.hcch.net>). In the light of these replies, an analytical report was drawn up by the Permanent Bureau and distributed to the delegations.

[88] Art. 2.

[89] *Cf.* Annexes A, B, C and D to "Note on the Question of '*forum non conveniens*' in the Perspective of a Double Convention on Judicial Jurisdiction and the Enforcement of Decisions", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 3 of April 1996 for the attention of the Special Commission of June 1996 (available at <www.hcch.net>).

[90] *Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athens, August 1994, Oxford, Clarendon Press, 1995, reproduced as Annex E to Prel. Doc. No 3 of April 1996 (*ibid.*).

[91] The Working Group did not express a view on this question, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261.

[92] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 32.

[93] See Prel. Doc. No 3 of April 1996 (*op. cit.* note 89) and Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), Nos 5-10.

[94] P. Jenard, Report on the Brussels Convention, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 1-65.

[95] *Op. cit.* note 65, Nos 76 to 81 inclusive.

[96] This second reason is partly false, since the provisions on the definition of domicile in the Brussels Convention (Arts 52 and 53) refer back either to the internal law, or to the private international law of the court seised, or that of the State in which the domicile is situated, if different from that of the court seised.

[97] *Ibid.*, No 78.

[98] *Cf.* the discussion at the colloquium held at Charlottesville, VA (United States of America), in March 1996 (Sokol Colloquium) on *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*. The papers presented at the colloquium, without the discussions, are published in J. Goldsmith (ed.) (*op. cit.* note 74).

[99] Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 32 and Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 7.

[100] *Ibid.*, No 9.

[101] *Ibid.*, Nos 9 and 10.

– la compétence résiduelle que pourrait se réserver le juge saisi initialement alors qu'il a décidé le transfert de la cause ;

– l'incidence du transfert sur la prescription ;

– les conséquences d'un tel transfert sur les effets à donner au jugement dans les autres États membres de la Convention et notamment sur la question de la vérification de la compétence au stade du juge requis.

75 En tout état de cause, même si la nouvelle Convention adoptait une clause de *forum non conveniens*, il conviendrait qu'elle ne puisse pas jouer en faveur d'une juridiction située sur le territoire d'un État non contractant. Dans le cas contraire, cela ôterait l'un des intérêts essentiels de la nouvelle Convention[102].

3 *Règles générales et règles spéciales ? Situation particulière des États à système non unifié*[103]

76 La vraie question de droit international privé est celle qui cherche à déterminer quel est le système judiciaire national compétent pour trancher un litige international (compétence générale). En revanche la question qui demande, à l'intérieur de l'ordre juridictionnel désigné, quel est le tribunal spécialement compétent (compétence spéciale) relève normalement du droit interne de l'État dont le système judiciaire a été désigné par la règle sur la compétence générale. Cela est parfaitement normal pour la compétence d'attribution. Celle-ci, en effet, du point de vue international, ne comporte pas de conséquence particulièrement délicate à apprécier pour les parties. En revanche, cela peut poser beaucoup plus de difficulté lorsque la compétence en cause est une compétence territoriale. En effet, à quelques kilomètres de distance, il peut être fondamentalement différent de se faire juger par tel tribunal ou par tel autre.

77 La question se complique encore pour les États dont le système n'est pas unifié. En effet, la compétence d'attribution, pour ces États, se complique d'une autre question ayant trait au système juridictionnel dont relève le tribunal appelé à statuer : tribunaux fédéraux ou tribunaux des états ou des régions. Contrairement aux règles de compétence d'attribution classique, les procédures suivies par l'une ou l'autre de ces catégories de juridiction peuvent être fondamentalement différentes et entraîner des conséquences opposées quant à l'issue du litige. Il n'est vraisemblablement pas possible de régler ce type de question par les dispositions de la Convention. Toutefois, il convient d'en avoir conscience afin de tenter de régler toutes autres questions, notamment au stade de la compétence juridictionnelle territoriale, afin de ne pas augmenter l'incertitude des parties.

78 En ce qui concerne la compétence territoriale, il nous apparaît très important, nous dirions même de l'essence de la Convention, que les parties puissent savoir à l'avance avec une certitude quasi parfaite (sauf les clauses d'exception que l'on pourrait admettre ou l'hypothèse d'une convention mixte) quel est le tribunal territorialement compétent pour entendre leur litige. Dans cette perspective, nous pensons que la Convention devrait s'en tenir strictement à des règles de compétence juridictionnelle spéciale et non pas générale en ce qui concerne la compétence territoriale[104]. Cela veut dire que pour tous les États parties, une fois le tribunal désigné par une règle de la Convention, aucun « transfert » ne serait possible à l'intérieur de l'État en vertu de règles internes, interétatiques ou interrégionales éventuellement applicables.

[102] *Ibid.*, No 16.
[103] Cette question a été laissée en suspens par la Commission spéciale de juin 1996, cf. *ibid.*, No 33.
[104] Ainsi une formulation telle que celle retenue par l'art. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne serait pas retenue dans la nouvelle Convention.

4 *Limitation de certaines compétences ?*

79 Normalement, une fois un tribunal désigné comme compétent en vertu des règles de la Convention, ce tribunal doit pouvoir juger de l'intégralité du litige survenant entre les parties, quelle que soit la nature des demandes.

80 Toutefois, dans certains cas, la compétence peut être limitée à certaines actions particulièrement définies. Par exemple, en matière de diffamation, si la victime agit devant le tribunal de sa résidence habituelle, son action pourrait être limitée au préjudice qu'elle prétend subir sur ce territoire à l'exclusion de tous les autres préjudices. En revanche, si elle décide d'agir au lieu du fait causal ou au lieu de résidence habituelle du défendeur, l'action pourrait être élargie à l'intégralité du préjudice subi sur quelque territoire que ce soit.

81 Il conviendra donc de s'interroger, pour chaque chef de compétence, s'il permet de faire juger l'intégralité de l'action ayant pu naître entre les parties ou au contraire certaines d'entre elles précisément définies. Il en va ainsi, mais la liste n'est pas exhaustive, des règles en matière de diffamation, de concurrence déloyale, de mesures provisoires ou conservatoires, pour ne citer que quelques exemples.

Section 2 – Divers chefs de compétence admissibles[105]

82 Nous exposerons les chefs de compétence dans l'ordre d'impérativité décroissante qui pourrait leur être conféré. Toutefois, on pourra discuter de la place de certaines compétences dans l'une ou l'autre des rubriques suivantes, compétences exclusives, compétences de protection, compétences de choix, autres compétences.

1 *Compétences exclusives*[106]

83 Dans la plupart des systèmes juridiques, le concept de compétence exclusive est connu. Ces compétences sont dites « exclusives » car elles invalident automatiquement une prorogation de compétence contractuelle ou une prorogation tacite, elles ne souffrent aucune litispendance car elles ne peuvent admettre de « concurrence » avec d'autres compétences[107] et elles excluent une jonction à une autre instance en vertu de la connexité. Si la nouvelle Convention devait admettre ce concept de « compétence exclusive »[108], les juges des États parties à la Convention devraient respecter ces règles scrupuleusement et se déclarer d'office incompétents s'ils sont saisis en violation de ces règles. Elles se justifient par le fait que, compte tenu des particularités de la matière en cause, le juge désigné par le chef de compétence choisi est le seul apte à statuer avec efficacité, celui-ci étant un gage de bonne administration de la justice. Cependant, la Convention devrait alors préciser ce qu'il advient si le critère de compétence exclusive pertinent dans l'affaire en cause est situé sur le territoire d'un État non contractant. Dans ce cas, dans le cadre d'une convention mondiale, et au vu de l'intérêt pour le demandeur d'obtenir un jugement facilement exécutable, la Convention pourrait prévoir une règle de compétence subsidiaire permettant ainsi de conserver le litige dans la sphère

[105] Seule la Commission spéciale de juin 1994 a abordé cette question. Dans les développements qui suivent nous signalerons les chefs de compétence qui ont fait l'objet d'un consensus et ceux qui restent encore ouverts.
[106] Le Groupe de travail a conclu que certaines compétences peuvent revêtir un caractère exclusif, notamment en matière immobilière, de trust et d'élection de for, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260.
[107] Il peut, toutefois, exister des cas très rares où plusieurs compétences exclusives sont en concurrence. Par exemple, ce sera le cas lorsqu'un litige porte sur une propriété s'étendant des deux côtés d'une frontière.
[108] En plus des Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), voir celles de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 21, et de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 15.

– the residual jurisdiction which the court initially seised may reserve to itself after deciding to transfer the case;

– the impact of the transfer on statute of limitation;

– the consequences of such a transfer for the effects to be given to the judgment in the other Member States of the Convention, and especially as regards the verification of the jurisdiction of the court of origin by the court addressed.

75 At all events, even if the new Convention were to adopt a *forum non conveniens* clause, this should not operate in favour of a court situated on the territory of a non-Contracting State. If it did, one of the key purposes of the new Convention would be defeated.[102]

3 *General and specific rules? The special status of States without a unified system*[103]

76 The real issue in private international law is deciding which national judicial system has jurisdiction to resolve an international dispute (general jurisdiction). However, the question of which court, within the appointed judicial order, specifically has jurisdiction (venue) is normally a matter for the internal law of the State whose judicial system has been appointed by the rule on general jurisdiction. This is standard practice with regard to subject matter jurisdiction. The latter, from the international point of view, does not require the parties to ponder any complex issues. But there may be considerable difficulty where the jurisdiction concerned is territorial. Indeed, a few kilometres apart, it may be fundamentally different to have one's case decided by one judge or the other.

77 This is even more complicated for States without a unified system of law. For these States, subject matter jurisdiction is bedevilled by another issue: the jurisdictional system of the court which has to deal with the case, whether a federal court or a national or regional court. Unlike the traditional rules for attributing jurisdiction, the procedures followed by either of these categories of courts may differ fundamentally, and may result in dramatically different outcomes to the dispute. It is probably impossible to settle issues like this through the Convention's provisions. However, they should be kept in mind when endeavouring to solve all the other issues, especially with respect to territorial jurisdiction, in order to avoid exacerbating the uncertainty for the parties.

78 As regards territorial jurisdiction, we think it is extremely important, indeed of the very essence of the Convention, that the parties should know in advance, with virtually total certainty (except where exceptional clauses are included, or in the case of a mixed convention) which court has territorial jurisdiction to hear their case. In this respect, we think that, in the matter of territorial jurisdiction, the Convention should adhere strictly to rules of specific, rather than general, jurisdiction.[104] This means that for all the States Parties, once the court has been appointed under a rule of the Convention, no "transfer" would be possible within that State by virtue of any internal, inter-state or inter-regional rules which may apply.

[102] *Ibid.*, No 16.
[103] This question was left outstanding by the Special Commission of June 1996, *cf. ibid.*, No 33.
[104] This means that a formula such as the one used in Art. 2 of the Brussels and Lugano Conventions would not be adopted for the new Convention.

4 *Limits to the scope of jurisdiction?*

79 Normally, once a court is appointed to exercise jurisdiction under the rules of the Convention, that court must be able to adjudicate the whole of the case between the parties, whatever the nature of the claims.

80 However, in some instances jurisdiction may be limited to certain clearly defined causes of action. For example, in defamation cases, if the victim sues before the courts of his / her habitual residence, his / her action may be limited to the damage which he / she claims to have suffered on that territory, excluding any other kind of damage. On the other hand, if he / she decides to proceed at the place of the causal act or at the place where the defendant has his / her habitual residence, the action may be expanded to cover all the damage suffered on any territory.

81 Each ground of jurisdiction will therefore have to be examined to see whether it allows the whole of the case which has arisen between the parties to be adjudicated, or, on the contrary, only certain well-defined kinds of action. This also applies to the rules on defamation, unfair competition, and provisional or protective measures, to cite only a few examples.

Section 2 – Various admissible grounds of jurisdiction[105]

82 We will consider the grounds of jurisdiction in descending order of their weight of the imperative character. However, some kinds of jurisdiction may variously be assigned to one or other of the following headings: exclusive jurisdiction, protective jurisdiction, elective jurisdiction or others.

1 *Exclusive jurisdiction*[106]

83 Most legal systems embrace the concept of exclusive jurisdiction. Such forms of jurisdiction are called "exclusive" because they automatically invalidate any contractual or tacit choice of court; they do not allow for any *lis pendens*, since they cannot admit any "competition" with other jurisdictions,[107] and they prevent any joinder through related causes of action. Were the new Convention to include this concept of "exclusive jurisdiction",[108] the courts of States Parties to the Convention would have to comply faithfully with these rules, declaring themselves *proprio motu* without jurisdiction if seised in breach of these rules. The rules are warranted by the fact that, in the light of the particular features of the case in issue, the court appointed under the chosen ground of jurisdiction is the only one able to adjudicate the case effectively, this being a pledge that justice will be properly dispensed. However, the Convention should then spell out what is to happen if the ground of exclusive jurisdiction relevant in the case in question is situated on the territory of a non-Contracting State. In that case, in the framework of a worldwide convention, and in view of the claimant's interest in obtaining a judgment which will be readily enforceable, the Convention could provide for a subsidiary rule of jurisdiction which would enable the case to be kept within

[105] Only the Special Commission of June 1994 has tackled this question. In what follows, we will indicate which grounds of jurisdiction were the subject of a consensus and which are still undecided.
[106] The Working Group concluded that some forms of jurisdiction may be exclusive in character, especially in real estate cases, trust cases and choice of court, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261.
[107] However, it is conceivable that in rare cases several exclusive jurisdictions may be in competition. For example, this will be the case when a dispute concerns real estate which extends on both sides of a border.
[108] As well as the Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), see those of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 21, and of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 15.

d'application de la Convention, tout au moins le plus souvent possible puisqu'il n'est pas entièrement certain que le critère subsidiaire donne compétence à un tribunal d'un État contractant. L'inconvénient d'une telle formule tient à ce que le jugement rendu par le tribunal compétent en vertu de ce critère subsidiaire ne sera vraisemblablement pas reconnu par le for de la compétence exclusive.

A *Compétence à l'égard des immeubles*

84 On peut penser qu'il est nécessaire de prévoir une disposition donnant compétence au tribunal du lieu de situation de l'immeuble pour connaître des contestations relatives aux droits réels immobiliers[109]. Cette compétence pourrait être réduite seulement aux contestations concernant la possession ou la propriété de l'immeuble[110]. Il est moins évident de savoir si la compétence en matière d'immeubles doit également s'appliquer aux contestations naissant de baux d'immeubles[111]. Il existe différentes sortes de baux : à titre d'habitation ; à usage professionnel ou mixte ; à usage commercial ou de bureaux ; pour les propriétés rurales. Cette compétence peut présenter un avantage lorsque la contestation est liée à la manière dont le contrat de bail est exécuté concrètement dans l'immeuble en cause ou bien s'il s'agit de questions liées à des réparations ou des dégâts causés par le locataire ou à l'expulsion de celui-ci, tous litiges qui nécessitent des constatations sur place qui peuvent être le mieux effectuées au lieu de situation de l'immeuble. Toutefois, cet avantage, dans le cadre des Conventions de La Haye, perd une grande part de sa valeur dans la mesure où on peut penser que les États parties à la future Convention seront également Parties à la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*[112]. Par ailleurs, on sait toutes les difficultés que cette compétence a suscitées lorsque bailleur et locataire sont situés tous deux sur le territoire d'un même État qui n'est pas celui sur lequel l'immeuble est situé. On sait également que certains auteurs préfèrent soustraire à la compétence du juge de situation de l'immeuble les questions relatives au montant et au paiement du loyer. Toutes ces difficultés pourraient inciter les délégations à ne pas prévoir une compétence exclusive dans le cas des baux d'immeubles. Si telle était la décision prise, il conviendrait d'être vigilant sur l'application par le juge saisi d'éventuelles règles d'ordre public en matière de baux d'immeubles applicables au lieu de situation de l'immeuble. Le juge compétent devrait s'assurer que sa décision respecte cet ordre public car si, comme il est fort probable, le jugement doit être exécuté au lieu de situation de l'immeuble (surtout s'il n'est pas exécuté volontairement par la partie condamnée), ce jugement resterait lettre morte s'il venait à contrecarrer l'ordre public de l'État de la situation de l'immeuble.

85 Enfin, si la Convention comporte une compétence exclusive en matière réelle immobilière, il conviendra qu'elle se prononce sur une éventuelle attraction des actions contractuelle ou personnelle ou en matière de trust lorsqu'elles sont liées ou intentées à l'occasion d'une action réelle immobilière.

86 Si les délégués devaient décider que la compétence en matière immobilière ne serait pas exclusive, à tout le moins devrait-elle apparaître comme une compétence spéciale optionnelle. Dans une telle hypothèse, on pourrait imaginer de donner pouvoir au juge de la résidence habituelle du défendeur de refuser d'exercer sa compétence et renvoyer les parties au tribunal du lieu de situation de l'immeuble[113].

B *Compétence en matière de sociétés*

87 La matière des sociétés civiles ou commerciales ou autres entités possédant une personnalité morale plus ou moins étendue est rendue complexe par la nature hybride des sociétés qui tiennent à la fois du contrat et de l'institution. Selon que les États sont plus ou moins libéraux dans leur approche des sociétés, leur système juridique accentuera l'aspect contractuel (pour les plus libéraux d'entre eux) ou l'aspect institutionnel (pour les moins libéraux d'entre eux). Tous les pays connaissent l'institution du registre public, parfois tenu par des officiers publics ou des personnes privées à qui est concédé ce service public. On peut donc penser que toutes les contestations concernant l'existence des sociétés, leur validité, leur enregistrement, doivent être portées devant le tribunal du lieu où se situe l'immatriculation ou l'enregistrement, c'est-à-dire du lieu où est situé le registre en question[114]. Malheureusement, on sait que ce lieu est parfois artificiel dans la mesure où les sociétés peuvent parfaitement dissocier leur siège social statutaire ou lieu d'enregistrement par rapport à leur siège social réel ou lieu d'activité prépondérant. Si les délégués décident de prévoir une compétence exclusive dans cette matière, il conviendra de préciser les actions pour lesquelles cette compétence doit jouer, laissant toutes les autres actions à la compétence de tribunaux désignés grâce à d'autres règles[115]. On peut penser notamment que le tribunal du lieu d'immatriculation ou siège social statutaire ne doit pas connaître des contestations liées aux décisions des organes de la société, non plus qu'à celles liées aux questions de responsabilité de leurs dirigeants, sachant que ces contestations sont vraisemblablement mieux jugées au lieu où la société déploie l'essentiel de ses activités ou a son centre principal d'intérêts.

88 Il conviendra de préciser également ce que l'on doit entendre par « sociétés ». Doit-on étendre cette notion à toute sorte de groupements, y compris les associations à but non lucratif ? *A priori*, rien ne semble s'opposer à une telle extension sauf les cas dans lesquels ces groupements ne sont pas enregistrés.

C *Compétence en matière de registres publics*

89 Comme la Commission spéciale de juin 1994 l'a décidé[116] on peut penser nécessaire de prévoir une compétence exclusive pour connaître des contestations relatives à la validité et aux effets des inscriptions sur les registres publics. Cette compétence serait donnée au tribunal du lieu où le registre dont l'inscription est en cause est situé. Il s'agit des registres fonciers ou hypothécaires, des registres concernant les brevets, le droit d'auteur et généralement tout enregistrement public.

D *Compétence en matière de propriété intellectuelle*

90 L'expression « propriété intellectuelle » couvre l'ensemble des droits intangibles issus de brevets, marques, dessins, modèles ainsi que les droits d'auteur et *copyrights* ou

[109] Cf. en ce sens Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 258, et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 15.
[110] Voir en ce sens l'art. 5.4 de la Convention bilatérale entre la France et le Canada de juin 1996 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 15.
[111] Cette question a été réservée par la Commission spéciale de juin 1994, voir les Conclusions, *ibid.*
[112] Entrée en vigueur le 7 octobre 1972. Les États ayant ratifié la Convention sont : Allemagne, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Israël, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, République slovaque, Suède, Suisse, République tchèque. Les États ayant adhéré à la Convention sont : Argentine, Australie, Chypre, Lettonie, Mexique, Monaco, Pologne, Venezuela, et les États non membres sont : Barbade, Estonie et Singapour.
[113] Sur ce mécanisme, cf. *supra* Nos 67 et s.
[114] Le Groupe de travail a proposé de retenir « le siège d'une société ou autre personne morale en matière de validité ou dissolution de ces entités », sans retenir le caractère exclusif d'une telle compétence, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), à la p. 260. La Commission spéciale de juin 1994 a proposé de retenir « un chef de compétence basé sur un lien entre une société ou autre personne morale et le for, ce lien pouvant être le siège (réel ou statutaire), le lieu d'incorporation, l'établissement principal ou autres » (cf. Conclusions, *op. cit.* note 32, No 13), sans préciser les actions qui seraient concernées par cette compétence. Toutefois, elle a évoqué la possibilité d'une compétence exclusive pour la validité ou la dissolution des sociétés sans préciser le chef de compétence choisi (*ibid.*, No 21).
[115] Cf. *infra* Nos 103 et s. et 115 et s.
[116] Conclusions (*op. cit.* note 32), No 21.

the sphere of application of the Convention, or at least would do so as often as possible, since it is not entirely certain that the subsidiary criterion will confer jurisdiction on a court in a Contracting State. The disadvantage of this formula is that the judgment delivered by the court with jurisdiction under this subsidiary criterion will probably not be recognised by the forum of exclusive jurisdiction.

A *Jurisdiction with respect to immovable property*

84 It may be thought necessary to provide that the court where the immovable property is situated has jurisdiction to entertain disputes relating to real property rights.[109] Such jurisdiction could be confined to disputes concerning the possession or ownership of the property.[110] It is less obvious whether jurisdiction in matters of real property should also apply to disputes arising from leases on real estate.[111] There are different kinds of leases: residential, occupational or mixed leases, commercial or office leases, leases on rural property. This kind of jurisdiction may offer an advantage where the dispute is connected with the manner in which the lease is being performed in the property in question, or where it concerns repairs or damage caused by the tenant, or the eviction of the tenant. All such disputes call for site reports, and these can best be made at the place where the property is situated. However this advantage, in the context of the Hague Conventions, loses much of its attraction since it is probable that the States Parties to the future Convention will also be Parties to the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*.[112] Moreover, notorious difficulties have arisen with this form of jurisdiction where the lessor and the lessee are both situated on the territory of the same State, which is a different one than that in which the property is situated. As we also know, some writers prefer the court of the place where the property is situated not to have jurisdiction for issues concerning the amount and payment of the rent. All these difficulties may prompt experts to refrain from providing for exclusive jurisdiction in the case of leases on real estate. If that is the decision, it will be necessary to monitor closely how the court addressed applies any rules of public policy on real estate leases which are applicable at the place where the property is situated. The court having jurisdiction should ensure that its decision complies with the public policy because if, as is very likely, the judgment is to be enforced at the place where the property is situated (especially if it is not enforced voluntarily by the losing party), this judgment would remain a dead letter if it were to defy the public policy of the State where the property is situated.

85 Finally, if the Convention provides for exclusive jurisdiction in matters of real estate, it will have to specify whether it also covers contractual or personal actions or trust cases where these are connected with, or instituted at the same time as, an action concerning real estate.

86 If the experts were to decide that jurisdiction in real estate matters is not exclusive, it should appear at least as an optional special jurisdiction. In such a case, we could imagine to empower the judge of the defendant's habitual residence to decline jurisdiction and direct the parties to the court of the place where the real estate is situated.[113]

B *Jurisdiction with respect to companies (corporations)*

87 The topic of civil or commercial companies or other entities possessing legal personality of a relatively extensive kind is complicated by the hybrid nature of companies which derive at one and the same time from a contract and from an institution. Depending how liberal States are in their attitude towards companies, their legal systems will emphasise the contractual aspect (for the more liberal among them) or the institutional aspect (for the less liberal ones). Every country has some form of public register, sometimes kept by public service staff or by private individuals to whom this public service is entrusted. One might therefore think that all disputes concerning the existence of companies, their validity or their registration, should be brought before the courts of the place where the company is listed or registered, *i.e.*, the place where the relevant register is kept.[114] Unfortunately, we know that this is sometimes an artificial place, because companies can easily detach their statutory headquarters or place of registration from their actual headquarters or the place where their activities are mainly carried on. If the experts decide to make provision for exclusive competence in this field, they must spell out the kinds of case in which this form of jurisdiction will come into play, leaving all other cases to the jurisdiction of courts provided by other rules.[115] For instance, it may be felt that the courts of the place of registration or the statutory headquarters should not deal with disputes associated with the decisions of company bodies, or with the liability of company directors, since it is probably better to adjudicate such matters at the place where the company carries on most of its business or has its main centre of interests.

88 It should also be made clear what is meant by the term "corporation". Is this notion to be extended to cover groups of any kind, including non-profit associations? *A priori*, nothing prevents such an extension but for the instances where these groupings are not registered.

C *Jurisdiction with respect to public registers*

89 As decided by the Special Commission in June 1994,[116] it may be felt necessary to have exclusive jurisdiction for courts dealing with disputes relating to the validity and effects of entries in public registers. This form of jurisdiction would be conferred on the courts of the place where the register with the contested entry is situated. The registers concerned are land or mortgage registers, registers of patents and copyright and, generally speaking, any kind of public registration.

D *Jurisdiction with respect to intellectual property*

90 The term "intellectual property" covers all intangible rights derived from patents, trademarks, designs and models,

[109] *Cf.* Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 259, and Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 15.
[110] See Art. 5.4 of the bilateral Convention between France and Canada of June 1996, and the Conclusions of the Special Commission of June 1994, *ibid.*
[111] This question was reserved by the Special Commission of June 1994, see Conclusions, *ibid.*
[112] Entered into force on 7 October 1972. The States which have ratified it are: Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Israel, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Slovak Republic, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States of America. The States which have acceded to the Convention are: Argentina, Australia, Cyprus, Latvia, Mexico, Monaco, Poland, Venezuela, and the following non-Member States: Barbados, Estonia, Singapore.

[113] On this mechanism, see *supra* Nos 67 *et seq.*
[114] The Working Group suggested opting for the head office of a company or another legal person for the purpose of the validity or dissolution of these entities, without making such jurisdiction exclusive, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), at p. 261. The Special Commission of June 1994 suggested "assuming jurisdiction founded on a link between a corporation or other legal entity and the forum [...]; this link might be the seat (statutory or factual), the place of incorporation, the principal place of business, or some other criteria" (*cf.* Conclusions, *op. cit.* note 32, No 13), without defining which actions would be affected by this jurisdiction. However, it mentioned the possibility of exclusive jurisdiction in connection with the validity or dissolution of corporations, without specifying the chosen ground of jurisdiction (*ibid.*, No 21).
[115] *Cf. infra* Nos 103 *et seq.* and Nos 115 *et seq.*
[116] Conclusions (*op. cit.* note 32), No 21.

autres droits équivalents. Ces droits donnent lieu à des contentieux divers. Une première catégorie de contentieux porte sur la validité des droits qui exigent un enregistrement. Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, ce contentieux doit normalement être soumis au tribunal du lieu où l'enregistrement a été effectué[117]. Une deuxième série de contentieux peut être générée par des actes de contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Ce sont généralement des actions délictuelles qui ne nécessitent pas de dispositions particulières et différentes de celles qui ont été prévues pour les actions délictuelles en général. Une troisième série de contentieux peut exister lorsque les droits ont été cédés ou ont fait l'objet d'une licence. Ce sont, alors, des actions contractuelles qui doivent suivre les règles générales ou celles spécifiques applicables à la matière contractuelle.

E *Compétence en matière d'exécution des jugements*

91 L'exécution des jugements nécessitant, lorsqu'elle n'est pas volontaire par la partie condamnée, des mesures concrètes avec parfois l'aide de la force publique, on donnera compétence exclusive au tribunal du lieu où les mesures doivent être mises en œuvre matériellement, c'est-à-dire où, concrètement, le jugement doit être exécuté[118].

2 *Compétences de protection*

92 Ces compétences sont appelées « de protection », car elles prennent en considération la position plus faible de l'une des parties au procès dont on pense qu'elle mérite d'être traitée différemment des autres parties et bénéficier de compétences particulières. On peut penser essentiellement à trois groupes de personnes à protéger : les travailleurs, les preneurs d'assurance, et les consommateurs[119]. Avant d'aborder les règles de compétence qui pourraient être définies pour chacune de ces catégories de plaideurs, il convient de préciser que seules les actions individuelles mises en œuvre par ces personnes en leur nom propre[120] doivent être concernées par ces compétences. En effet, on doit faire une place à part aux actions collectives ou actions de groupe[121] qui posent des problèmes différents et doivent, à notre avis, recevoir des solutions différentes.

A *Les travailleurs*

93 Les actions individuelles des travailleurs pourraient être portées devant la juridiction du lieu d'exécution du travail qui est la juridiction la plus proche du travailleur, à condition que celui-ci exécute sa prestation de travail dans un même lieu[122]. Si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail dans un même lieu, la compétence pourrait être conférée au tribunal de sa résidence habituelle au moment de l'introduction de l'action[123]. Le choix de la résidence habituelle du travailleur au moment de l'introduction de l'action plutôt que celle au moment de la conclusion du contrat de travail a le mérite de mieux respecter l'objectif de protection du salarié. Si le travailleur exécute sa prestation de travail dans plusieurs lieux, dont certains ne sont pas situés sur le territoire des États parties à la Convention, mais que le travailleur a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État partie à la Convention, il conviendrait que ce tribunal soit compétent pour l'ensemble de la contestation et pas seulement pour la contestation ayant trait aux seules prestations de travail effectuées sur le territoire des États contractants[124].

94 Mais il serait peut-être possible de ne pas retenir un critère différent selon que le salarié exécute ou non sa prestation de travail dans un même lieu. En effet, si le critère retenu était le « centre effectif d'activités professionnelles » du salarié, il permettrait de couvrir toutes les hypothèses. Il n'est pas certain alors qu'il soit utile de prévoir une autre compétence optionnelle en faveur du tribunal du lieu où est situé l'établissement qui a embauché le salarié.

95 Doit-on autoriser les clauses de prorogation de juridiction dans les contrats de travail ? Certains écrits de la doctrine ont permis de montrer que des contrats d'expatriation, pour des cadres supérieurs, étaient de véritables contrats négociés et qu'une clause de prorogation de juridiction dans ces contrats ne comporte pas les inconvénients qu'elle peut présenter pour d'autres catégories de travailleurs. Toutefois, la Convention deviendrait vraisemblablement trop complexe s'il convenait, à l'intérieur d'une même catégorie de personnes, d'effectuer encore des sous différenciations. On pourrait admettre éventuellement une disposition validant les clauses de prorogation de juridiction dans les contrats de travail, mais assortir cette disposition d'une analyse calquée sur la théorie du *forum non conveniens* au profit du travailleur. Le tribunal saisi en vertu de cette clause de prorogation de juridiction refuserait d'exercer sa compétence s'il s'était avéré, au début du procès, que ce tribunal présente un inconvénient majeur pour le travailleur[125].

96 En ce qui concerne les actions collectives, et particulièrement des actions qui regrouperaient des travailleurs éventuellement situés sur le territoire de plusieurs États contractants ou non contractants vis-à-vis d'un même employeur, elles devraient être intentées devant le tribunal du lieu de situation du défendeur. En effet, aussitôt que les personnes particulièrement vulnérables et pour lesquelles on a cherché à créer des règles de protection se regroupent, et que de telles actions collectives leur sont rendues possibles, elles perdent une grande partie de leur vulnérabilité, le poids respectif des parties redevient quasiment équilibré et il n'y a guère de raison de ne pas exiger alors que le défendeur soit poursuivi devant son propre

[117] On notera ici que les Conventions de Bruxelles et de Lugano en font une compétence exclusive alors que telle n'est pas la position du Groupe de travail, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260.
[118] La Commission spéciale de juin 1994 a reconnu possible une compétence exclusive en cette matière, sans préciser le chef de compétence, cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 21.
[119] Le Groupe de travail a proposé seulement les travailleurs et les consommateurs, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260. La Commission spéciale de juin 1994 a ajouté les assurés pour certains types d'assurance et les créanciers d'aliments pour le cas où la matière serait incluse dans la Convention, cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 22. Mais les chefs de compétence à prévoir n'ont pas été discutés.
[120] Si le consommateur ou le preneur d'assurance a cédé son action à un tiers qui l'entreprend en ses lieu et place, il n'y a pas de raison particulière de protéger ce tiers, sauf à considérer qu'il bénéficie, au travers de l'action, des avantages personnels propres au cédant.
[121] Cf. *infra* No 102.
[122] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260.

[123] Deux points doivent être précisés à ce stade concernant la notion de « résidence habituelle ». Tout d'abord, on aura noté que nous privilégions cette expression par rapport à celle de « domicile » qui a été utilisée dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En effet, il nous apparaît que cette notion de résidence habituelle est désormais plus généralement acquise et admise dans les différents systèmes juridiques que celle de domicile. Par ailleurs, les Conventions de Bruxelles et de Lugano, comme nous avons eu l'occasion de le dire ci-dessus (voir *supra* No 71, note 96), ont échoué dans leur tentative d'unification de la notion de domicile. On peut aussi s'interroger sur le point de savoir si une définition de la notion de « résidence habituelle » doit être incluse dans la Convention. Dans la tradition des Conventions de La Haye, cette notion n'est pas définie. La Convention la plus récente, la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, ne fait pas exception en la matière.
[124] On doit signaler ici que les Conventions de Bruxelles et de Lugano donnent compétence également au tribunal du lieu où est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.
[125] Le texte des Conventions de Bruxelles et de Lugano diffèrent sur ce point. Alors que la Convention de Lugano interdit toute élection de for avant la naissance du litige, la Convention de Bruxelles, telle que modifiée par la Convention de San Sebastián, assortit cette prohibition d'une option supplémentaire : si la clause est invoquée par le travailleur (et seulement par lui) pour saisir un autre tribunal que ceux déjà désignés par les dispositions de la Convention, la clause est valable même si elle a été conclue avant la naissance du litige. À noter que la Convention de Bruxelles, texte initial, ne comprenait aucune restriction aux clauses d'élection de for dans les contrats de travail.

and copyright or other equivalent rights. These rights may lead to litigation of various kinds. One initial category concerns the validity of the rights which have to be registered. As we have said above, a dispute of this nature must normally be submitted to the courts of the place where registration was carried out.[117] A second category has to do with infringements of intellectual property rights by imitation. These are generally actions in tort; they do not require special provisions of their own. A third category may occur when the rights have been assigned or licensed. These are actions in contract which must comply with the general or specific rules for actions in contracts.

E *Jurisdiction with respect to the enforcement of judgments*

91 Since the enforcement of judgments, when it is not voluntary on the part of the losing party, calls for specific measures which sometimes involve the forces of law and order, exclusive jurisdiction could be given to the courts of the place at which the measures will actually be carried out, *i.e.*, where the judgment will actually be enforced.[118]

2 *Protective jurisdiction*

92 These forms of jurisdiction are called "protective" because they take account of the weaker position of one of the parties to the proceedings, on the basis that the weaker party deserves to be treated differently from the other parties, and to enjoy the benefit of special kinds of jurisdiction. Essentially, there are three groups of people to be protected: workers, holders of insurance policies, and consumers.[119] Before we turn to the possible jurisdictional rules for each of these categories of plaintiff, we should emphasise that only individual actions brought by these persons on their own behalf[120] should come within the reach of these forms of jurisdiction. A special place must be accorded to collective or joint actions[121] which raise different issues and must, in our view, be tackled by other means.

A *Workers*

93 Individual actions of workers could be brought in the court of the place where the work is performed, this being the court closest to the worker, provided the worker does his or her work in one place only.[122] If the worker does not work in one place only, jurisdiction could be given to the court of his habitual residence at the time the action is brought.[123] Choosing the habitual residence of the worker at the time the case is brought, rather than his or her residence at the time the contract of employment is concluded, has the advantage of being more faithful to the aim of protecting the worker. If the worker performs his or her work in several places, some of which are not situated on the territory of a State Party to the Convention, but the worker has his or her habitual residence on the territory of a State Party to the Convention, it would be appropriate for the court to have jurisdiction for the whole of the case, not just for those parts of it which relate to work done on the territory of the Contracting States.[124]

94 However, it might perhaps be possible not to provide for a different criterion depending on whether or not the worker performs his or her work in a same place. Indeed, if the criterion chosen is that of the worker's "actual centre of professional activities", it would cover all possible cases. It is not certain, then, that it would be useful to provide another optional jurisdiction in favour of the court of the place where the establishment having recruited the worker is situated.

95 Should we authorise choice of court clauses in employment contracts? Some of the scholarly writings on the topic have shown that for senior executives, expatriation contracts of employment were genuine negotiated contracts, and that a clause for choice of jurisdiction in these contracts does not carry the disadvantages it may have for other categories of workers. However, the Convention would probably become too complex if, within a single category of persons, further distinctions had to be made. One could perhaps include a provision to validate clauses on choice of court in contracts of employment, while accompanying this provision with a *forum non conveniens* analysis in favour of the worker. A court seised under this choice of court clause would decline jurisdiction if it was clear, when the proceedings began, that the court would have significant disadvantages for the worker.[125]

96 As for group actions, especially those which bring together workers who may be located on the territory of several contracting or non-Contracting States but who have the same employer, such cases should be brought to the courts of the place where the defendant is situated. In fact, as soon as highly vulnerable people for whom the effort has been made to create protective rules come together, and are enabled to take joint action, they lose much of their vulnerability; the respective weight of the parties is once more virtually equal, and there is no reason not to require the defendant to be sued before his own courts. The question then arises of what will

[117] Here we note that the Brussels and Lugano Conventions grant exclusive jurisdiction in this case, but this is not the position of the Working Group, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261.
[118] The Special Commission of June 1994 thought exclusive jurisdiction would be possible in this area, but did not specify the base of jurisdiction, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 21.
[119] The Working Group proposed only workers and consumers, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261. The Special Commission of June 1994 added insured persons for some types of insurance, and maintenance creditors if this subject was covered in the Convention, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 22. However, the possible bases of jurisdiction were not discussed.
[120] If the consumer or holder of insurance has assigned his action to a third party who is pursuing it in his stead, there is no special reason to protect this third party, except to enable him to benefit, under the action, from the personal advantages proper to the assignor.
[121] *Cf. infra* No 102.
[122] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261.
[123] Two points must be clarified here as regards the concept of "habitual residence". First, it will have been noted that we prefer this term to the expression "domicile" as used in the Brussels and Lugano Conventions. This is because we think the notion of habitual residence is now more generally accepted and admitted in the various legal systems than the notion of domicile. Moreover, the Brussels and Lugano Conventions, as indicated above (see *supra* No 71, note 96) have failed in their attempt to unify the notion of domicile. One may wonder whether the Convention ought to include a definition of the concept of "habitual residence". Traditionally, the Hague Conventions offer no definition. The most recent Convention, the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, is no exception.
[124] It should be pointed out here that the Brussels and Lugano Conventions also give jurisdiction to the courts of the place where the establishment employing the worker is situated.
[125] The texts of the Brussels and Lugano Conventions differ on this point. Whereas the Lugano Convention prohibits any choice of court before the dispute takes place, the Brussels Convention, as amended by the San Sebastián Convention, complements this restriction with an option: if the clause is invoked by the worker (and only by him or her) to address a court other than the one appointed under the Convention provisions, the clause will be valid, even if it was concluded before the dispute arose. It should be noted that in its original version, the Brussels Convention did not include any restriction on choice of court clauses in employment contracts.

tribunal. La question se pose alors de savoir ce qu'il adviendra si le droit de ce tribunal considère que l'action collective est irrecevable, ce qu'il peut décider pour différentes raisons[126]. On pourrait toutefois préciser dans la Convention que le tribunal saisi d'une telle action collective ne la déclarera pas irrecevable pour la seule raison qu'elle est inconnue de son droit local de procédure. Il semble difficile *a priori* d'aller plus loin.

B *Les preneurs d'assurance et / ou assurés*

97 On peut penser que dans cette catégorie on doit également inclure non seulement le preneur d'assurance mais également le bénéficiaire du contrat d'assurance qui peuvent ne pas être la même personne. Toutefois, on doit exclure, nous semble-t-il, les preneurs d'assurance pour raison professionnelle ou dans le cadre d'activités professionnelles qui n'ont pas forcément besoin d'être protégés particulièrement. À part les assurances professionnelles, aucun autre type d'assurances ne doit semble-t-il être exclu (assurance responsabilité civile, habitation, dommages corporels, vie, etc.).

98 La meilleure règle de protection semble ici être celle qui donne compétence au tribunal de la résidence habituelle du demandeur telle qu'elle existe au moment où l'action est intentée.

99 Doit-on admettre les prorogations de juridiction dans un tel cas? Nous pencherions pour les éliminer sauf, éventuellement, si elles étaient conclues après la naissance du litige. Mais, dans cette hypothèse, nous persistons à hésiter dans la mesure où l'expérience montre que même une fois le litige né, le preneur d'assurance ou le bénéficiaire de l'assurance ne comprend pas toujours l'enjeu des questions spécifiques de procédure et de compétence et peut éventuellement consentir, même après la survenance du litige, sans en avoir une véritable compréhension de l'importance de son consentement. Nous pourrions assortir l'admission des clauses d'élection de for dans cette matière de la même règle que celle proposée ci-dessus pour les travailleurs donnant pouvoir au juge élu de refuser d'exercer sa compétence si elle s'avère trop « injuste » pour le preneur d'assurance.

C *Les consommateurs*

100 Il convient de comprendre par l'expression « consommateur » la personne qui agit pour des besoins familiaux ou personnels par opposition à toute personne ou entité qui agirait pour des besoins professionnels. Par ailleurs, la compétence qui pourrait être organisée de manière à protéger le consommateur doit lui être personnelle et ne doit pas pouvoir bénéficier à quiconque agit pour le compte du consommateur ou en ses lieu et place.

101 Il conviendra, vraisemblablement, de décider quel type de contrats ou d'opérations juridiques sont concernés par la règle de compétence prévue. On peut penser que tout litige survenant à l'occasion d'un contrat pour un bien ou un service passé par le consommateur devra être soumis au tribunal désigné par la disposition conventionnelle. On peut s'interroger sur le point de savoir si ce contrat doit impérativement être passé entre le consommateur et un professionnel ou si l'on peut admettre également que la compétence vaut pour des contrats passés entre consommateurs eux-mêmes (par ex. la vente par un particulier d'une voiture d'occasion à un autre particulier[127]). En ce qui concerne la règle de compétence elle-même, il semble préférable de donner compétence au tribunal de la résidence habituelle du consommateur[128], que celui-ci soit en demande ou en défense. Par ailleurs, c'est à la résidence habituelle existant au moment de l'introduction de l'instance qu'il convient de faire référence et non à celle existant à la date de conclusion du contrat pour les mêmes raisons que celles évoquées pour le travailleur, bien que la prévisibilité pour le co-contractant du consommateur soit moins grande que pour l'employeur, ce qui pourrait entraîner une différenciation des deux hypothèses.

102 En ce qui concerne les actions de groupe, la protection du consommateur est assurée par le fait que ses droits vont être protégés par l'action collective elle-même et qu'il ne pâtira pas individuellement des lourdeurs, coûts et difficultés d'une procédure qu'il aurait eu à intenter seul. Dans cette mesure, il nous paraît que les raisons incitant à une règle de compétence particulière lorsque le consommateur est seul face à son cocontractant disparaissent lorsque ses droits sont protégés par une action de groupe. C'est pourquoi, nous pensons qu'il serait préférable alors de revenir à la règle classique *forum actor sequitur* en donnant compétence au tribunal de la résidence habituelle du défendeur. Bien entendu, il ne faut pas que ce tribunal puisse rejeter l'action de groupe au seul motif que son droit local l'ignore[129]. Il conviendra que la Convention soit claire à cet égard. Mais la suppression de tout for alternatif peut être difficile à admettre d'autant que la plupart des associations existant aujourd'hui sont limitées territorialement dans les activités qu'elles peuvent entreprendre. Toutefois, nous voyons déjà des associations à vocation multinationale qui peuvent représenter des consommateurs résidents dans plusieurs pays. Si l'on devait maintenir le for alternatif de la résidence des consommateurs dans ce cas, l'association pourrait agir devant de multiples fors. Il faudrait alors limiter l'étendue de l'action qu'elles seraient autorisées à entreprendre devant chacun de ces fors.

3 *Compétences de choix*[130]

103 Si l'on peut avoir une position restrictive vis-à-vis de la validité du choix d'un tribunal par les parties lorsque le litige porte sur un domaine inclus dans les compétences exclusives ou « de protection », en revanche, dans tous les autres cas, il convient vraisemblablement d'avoir une attitude libérale par rapport à la validité de ces clauses. Quatre questions essentielles doivent être abordées successivement: la validité de la clause contractuelle conclue avant la survenance de tout litige; la prorogation tacite de compétence; l'admission d'un accord de compétence dans des domaines autres que contractuels; l'interférence de la doctrine du *forum non conveniens* ou de la litispendance sur l'élection de for[131].

104 Mais avant d'aborder ces questions, quelques précisions doivent être données sur les conditions d'applicabilité des dispositions conventionnelles ayant trait à la prorogation de juridiction. Il semble préférable de prévoir que cette disposition s'appliquera quelles que soient les parties au litige et même si elles ne sont pas domiciliées dans un des États parties à la Convention, à condition que le tribunal désigné ou le tribunal saisi soit situé sur le territoire d'un État partie à la Convention. La nécessité d'unification que les praticiens ressentent lorsqu'ils s'adressent à un tribunal pour statuer sur la validité d'une clause de prorogation de juridiction constitue la raison

[126] La procédure locale peut ignorer l'action collective. Par ailleurs l'irrecevabilité peut tenir au défaut de qualité pour agir, défaut d'intérêt à agir ou autres exigences du droit d'action dont il est difficile de définir les éléments, tout comme le droit applicable dans le cadre de la future Convention.

[127] Si la logique de protection repose sur l'idée qu'une partie au procès est plus faible que l'autre, on peut douter que cette hypothèse entre dans ce cadre.

[128] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260.

[129] C'est malheureusement assez fréquent surtout lorsque le droit applicable à la substance de l'action intentée est un droit étranger. C'est pourquoi un effort d'harmonisation a été tenté en Europe. Cette question peut nécessiter une étude complémentaire.

[130] Si la Commission spéciale de juin 1994 a admis par principe la compétence du for élu par les parties, les conditions exactes de cette admission ont été réservées. Voir les Conclusions (*op. cit.* note 32), No 19.

[131] Bien que le Groupe de travail ait considéré que l'art. 17 des Conventions de Bruxelles / Lugano puisse servir de modèle à la future clause (Cf. Conclusions, *op. cit.* note 11, p. 258), nous pensons qu'il convient d'approfondir certaines questions qui ne sont pas expressément traitées par ce texte.

happen if such a court decides in law that the group action is inadmissible, a conclusion which it might reach for a number of different reasons.[126] However, it could be spelt out in the Convention that a court seised of a group action of this kind is not to declare it inadmissible for the sole reason that it is not covered by the local procedural law. *A priori* it seems difficult to go further than this.

B *Holders of insurance policies and / or insured persons*

97 It may be thought that this category should cover not only the insurance policy holder, but also the beneficiary of the insurance contract, who may not necessarily be the same person. However, we believe it is necessary to exclude those who hold insurance for professional reasons or in connection with professional activities, who do not necessarily need special protection. Apart from professional insurance, it does not seem desirable to exclude any other type of insurance (civil liability insurance, home insurance, personal accident insurance, life insurance, etc.).

98 In such cases, the best rule of protection seems to be that which confers jurisdiction to the court of the claimant's habitual residence at the time the action is brought.

99 Should choice of court be allowed in this case? We would incline towards the negative answer, except where the choice is made after the dispute has arisen. But in this case, we still have doubts, as experience shows that, even when the dispute has taken shape, the holder or beneficiary of the insurance does not always understand the implications of the specific issues of procedure and jurisdiction involved, and may give his consent, even after a dispute has begun, without really grasping the significance of such consent. We could make the admission of choice of court in this matter subject to the same rule as that proposed above for workers. That rule allows the judge to decline jurisdiction if the choice of court reveals itself to be too "unjust" for the policy holder.

C *Consumers*

100 The term "consumer" should be understood as meaning a person who acts for family or personal purposes, by contrast with any person or entity acting for professional purposes. Moreover, jurisdiction introduced to protect the consumer must be individual to him, and not be used for anyone acting on behalf of the consumer or in his stead.

101 It will probably be necessary to decide what kind of contracts or legal operations are covered by the jurisdictional rule chosen. It may be felt that any dispute arising from a contract for goods or services entered into by the consumer must be submitted to the court appointed under the treaty clause. It may be asked whether the contract must necessarily be one between the consumer and a professional, or whether it is also admissible for jurisdiction to cover contracts between consumers themselves (for instance, the sale by an individual of a second-hand car to another individual[127]). As for the jurisdictional rule itself, it seems preferable to confer jurisdiction on the court of the consumer's habitual residence,[128] whether the consumer is the plaintiff or the defendant. Moreover, reference ought to be made to the habitual residence at the time proceedings are started, not the one which exists on the date when the contract is concluded, for the same reasons as already given for workers, although the degree of predictability for the co-contractor of the consumer is less than for the employer; possibly, therefore, a distinction is needed between the two categories of cases.

102 As regards group actions, protection for the consumer is guaranteed by the fact that his rights will be protected by the group action itself, and he will not as an individual have to endure the complications, cost and difficulty of pursuing an action on his own. To this extent, we feel that the reasons for having a particular rule of jurisdiction when the consumer has to face his co-contractor alone disappears when his rights are protected by a group action. This is why we think it would be preferable to revert in such cases to the classic rule of *forum actor sequitur*, giving jurisdiction to the courts of the defendant's habitual residence. Of course, the court must not be allowed to dismiss the group action solely because it is unfamiliar to the local law.[129] The Convention must be clear on this point. But abolishing any alternative forum may be difficult to accept since most existing associations are territorially limited for their activities. However, we already see associations whose goals are multinational and which may represent consumers residing in several countries. If we were to maintain an alternative forum at the consumer's residence, then the association could institute action in many fora. This being so, the scope of the action which they would be authorised to undertake before any of those fora would have to be limited.

3 *Choice of court*[130]

103 Although the validity of a choice of court by the parties when the dispute falls into an area covered by exclusive or "protective" jurisdiction may be viewed restrictively, in all other cases it is probably best to take a liberal approach to the validity of such clauses. There are four key issues to be dealt with: the validity of the contractual clause concluded before any dispute arose; tacit choice of court; the admission of an agreement on jurisdiction in areas other than contracts and the impact of the doctrine of *forum non conveniens* or *lis pendens* on the choice of forum.[131]

104 But before turning to these questions, some explanation is required of the circumstances in which the Convention's provisions on choice of court may be applied. It seems preferable for such a provision to apply regardless of who the parties to the dispute are, and even if they are not domiciled in one of the Member States of the Convention, provided that the chosen court or the court seised is situated on the territory of a State Party to the Convention. This proposal is prompted chiefly by the need for unification, which practitioners feel when they apply to a court for a ruling on the

[126] The local procedure may not provide for group actions. Moreover, the action may be found inadmissible because of lack of capacity to act, lack of interest to act or other requirements relating to the causes of action; it is difficult to define what these may be, or indeed the law applicable in the context of the future Convention.
[127] If the reason for the protection is based on the idea that one party to the case is weaker than the other, it seems unlikely that this situation would fit the theory.

[128] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261.
[129] Unfortunately, this is fairly frequent, particularly when the law applicable to the substance of the action is a foreign law. This is why an effort for harmonisation is attempted within Europe. This issue may necessitate further study.
[130] The Special Commission of June 1994 admitted in principle the jurisdiction of the court chosen by the parties, but reserved its position as to the specific conditions applicable. See Conclusions (*op. cit.* note 32), No 19.
[131] Although the Working Group thought Art. 17 of the Brussels / Lugano Conventions could be used as a model for the future clause (*cf.* Conclusions, *op. cit.* note 11, p. 259), we think it is necessary to examine in more detail some issues not expressly covered in this text.

essentielle de cette proposition. Il convient toutefois d'être conscient des conséquences d'un tel choix. Si rien d'autre n'est précisé dans la Convention, il est possible qu'une telle règle puisse éventuellement s'appliquer aux contrats purement internes. On ne voudra peut-être pas ce résultat. Auquel cas, il conviendra de bien préciser que la règle de validité des clauses de prorogation de juridiction posée par la Convention ne doit s'appliquer que si le contrat est un contrat international. Cette notion sera appréciée par le juge au moment où il statue sur le litige en fonction des circonstances existant au moment de l'entrée en vigueur du contrat et quelles que soient les modifications qui auraient pu intervenir entre la date de conclusion du contrat et la date du litige, notamment en raison de la cession ou autre transfert ayant pu modifier l'élément d'extranéité.

A *Validité de la clause contractuelle d'élection de for*

105 Cette clause est devenue une clause très courante dans les contrats internationaux à tel point que l'on ne devrait plus s'interroger, semble-t-il, sur le principe de sa validité. Il semble normal que la Convention prévoie une disposition de validité formelle de la clause et précise ses conditions d'applicabilité[132]. Quant à la licéité de la clause, la Convention formant un tout, elle découle de toutes ses dispositions sans qu'il soit nécessaire de le préciser davantage dans le texte. Il reste la validité au fond dont on peut se demander si elle doit être prévue séparément de la validité formelle.

a *Validité formelle*

106 L'évolution des droits nationaux sur la validité formelle des clauses de prorogation de juridiction montrent que, désormais, ce qui importe avant tout c'est la preuve d'un consentement libre et éclairé que chaque partie au contrat a donné au choix de compétence. La preuve de ce consentement doit incomber à la partie qui cherche à opposer la clause à son cocontractant. Les conditions de validité formelle posées par la Convention ne doivent servir qu'à faciliter cette preuve. On peut toutefois penser que la disposition conventionnelle pourrait ne pas être exhaustive dans la mesure où le progrès des technologies et de la conclusion des contrats internationaux peut rendre obsolètes ou dépassées les dispositions conventionnelles si l'on ne prenait pas la précaution de dire que ce ne sont que des exemples de ce qu'il convient d'admettre comme preuve du consentement. Cette preuve est suffisamment rapportée si la clause est contenue dans un écrit signé par les parties ; si elle a été rappelée dans les correspondances échangées entre les parties confirmant l'accord contractuel sans protestation de la partie à qui on cherche à l'opposer ; si elle apparaît dans les conditions générales contractuelles de l'une des parties, à condition que ces conditions générales contractuelles aient été adressées à la partie à qui on oppose la clause avant la conclusion du contrat ; si une habitude contractuelle est née entre les parties prévoyant toujours la même clause de prorogation de juridiction. On considérera qu'il y a habitude entre les parties si au moins un certain nombre de relations contractuelles ont été nouées précédemment à celles qui posent litige. Si la preuve est rapportée que la clause de prorogation de juridiction est d'usage constant et connu dans la branche d'activité et le type de contrat concerné, cette clause devrait aussi être admise. Ce sera le cas lorsque, dans une branche d'activité, il est d'usage de conférer compétence à des tribunaux (par ex. les tribunaux maritimes) qui ont une compétence particulière dans la branche d'activités considérée. Cet usage sera donc de portée relativement limitée. Par ailleurs, si l'usage porte sur la forme contractuelle (contrat conclu rapidement, entre absents, et portant uniquement sur les clauses essentielles), la référence à un autre document pour toutes les autres clauses contractuelles ne permettra de prouver le consentement que si cet autre document a une valeur internationale (par ex. les conditions contractuelles prévues par les organisations internationales ou des organisations non gouvernementales, Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC), etc.). Enfin, si le consentement peut être prouvé par tout autre moyen admis par le droit du tribunal saisi, la clause devrait pouvoir trouver à s'appliquer.

b *Validité au fond et licéité*

107 En ce qui concerne maintenant la part prise par le droit national sur les questions de validité au fond et de licéité, il nous semblerait plus cohérent de dire que la future Convention forme un tout et que les États parties ne peuvent pas utiliser leur droit national, y compris pour ces deux questions de validité au fond et de licéité. En effet, en ce qui concerne la validité au fond, le fait que des dispositions précises de la Convention interdisent la conclusion de telles clauses dans un certain nombre d'hypothèses ou règlementent les questions que l'on classe habituellement dans la catégorie « validité au fond », montre que les différents droits nationaux n'ont plus à se préoccuper de cette question. Une analyse similaire devrait être faite en ce qui concerne la licéité. En effet, compte tenu du champ d'application substantiel de la Convention, on peut penser que l'on a réglé les questions de licéité de la clause qui doit être admise dans les différentes matières prévues par la Convention. La seule interrogation qui peut demeurer concerne l'admissibilité de la clause dans les statuts de sociétés commerciales ou autres groupements. Il est possible qu'une précision dans le Rapport explicatif suffise à régler cette question.

B *Prorogation tacite*

108 L'admission ou la non-admission de la prorogation tacite est au cœur du régime juridique de l'exception de compétence juridictionnelle internationale. Selon que l'on admet ou non la prorogation tacite, on exige que le défendeur présente l'exception d'incompétence qu'il entend soulever *in limine litis* ou, au contraire, à tout moment du procès. Un grand nombre de systèmes nationaux connaissent l'exigence selon laquelle l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond. Dans le cas contraire, le défendeur est considéré comme ayant acquiescé à la compétence et ne peut plus, ensuite, la contester soit dans le procès devant le tribunal d'origine, soit même devant le juge requis de donner des effets à ce jugement dans un autre pays. La règle de la prorogation tacite est donc draconienne pour le défendeur. Elle pose de nombreuses difficultés au regard des droits de la défense, même si le défendeur est présent, en personne, devant le juge saisi. En effet, un défendeur, personne physique, peut parfaitement ignorer qu'il a la possibilité de contester la compétence et que, en l'absence d'une telle contestation avant toute défense au fond, il perd ce droit. Lorsque le défendeur est simplement représenté, ce qui est le cas désormais dans la plupart des procès internationaux, notamment des procès commerciaux, des questions liées à la représentation se posent alors. La Commission spéciale de juin 1994 est allée encore plus loin et a conclu que « dans le cas d'une convention à vocation mondiale on devrait se préoccuper d'une vérification que la comparution est bien volontaire et non pas dictée par des circonstances ou par un abus de puissance économique [...] ou autres moyens déloyaux »[133].

[132] Nous avons vu *supra* No 57 que la seule condition d'applicabilité de la règle conventionnelle pourrait consister à demander que le for saisi soit situé sur le territoire d'un État contractant.

[133] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 20.

validity of a clause on choice of court. However, one must not disregard the consequences of such a choice. Unless otherwise specified in the Convention, it is possible that such a rule might apply to purely internal contracts. Perhaps this is not the intended result. In that case, it should be made clear that the rule enshrined in the Convention on the validity of choice of court will apply only where the contract is an international one. This notion will be decided by the court, when adjudicating the case, in the light of the circumstances prevailing at the time when the contract came into force, whatever changes may have occurred between the date of conclusion of the contract and the date of the dispute such as a transfer, which has altered the foreign element in the contract.

A *Validity of the contractual clause on the choice of court*

105 This type of clause has become very prevalent in international contracts, to a point where there no longer seems any need to question its validity in principle. It seems natural for the Convention to include a provision on the formal validity of such clauses, and to specify in which circumstances they will apply.[132] As for the lawfulness of the clause, since the Convention forms a single whole all its clauses will be lawful, and the text need not state this explicitly. There remains the question of substantive validity, as distinct from formal validity, and it may be asked whether it is necessary to provide for this separately.

a *Formal validity*

106 Developments in domestic law concerning the formal validity of choice of court clauses indicate that the main emphasis is now on the availability of proof that each party gave free and informed consent to the jurisdictional choice. The burden of proving such consent must lie with the party seeking to rely on the clause vis-à-vis his co-contractor. The conditions of formal validity specified in the Convention must do no more than assist the process of furnishing proof. It may however be thought that the clause in the Convention could be non-exhaustive, since technological advances and progress in the conclusion of international contracts may result in the Convention provisions becoming obsolete or out-of-date, unless care is taken to state that they are merely examples of what may be acceptable as proof of consent. Consent must be treated as sufficiently proven if the clause is part of a written document signed by the parties; if it has been referred to in correspondence exchanged between the parties confirming the contractual agreement, without protest by the party against whom it is to be used; if it features in the general contractual terms of one of the parties, provided these general terms have been addressed, before the contract was concluded, to the party against whom the clause is to be invoked; and if the parties to the contract have formed the habit of always including the same choice of court clause. Such a habit will be held to exist between the parties if at least some contractual relations have been established prior to those in dispute. If proof is made that the extended jurisdiction clause is in regular and familiar use in the branch of activity and the type of contract in question, this clause likewise must be admitted. This will be the case where, in a particular branch of activity, it is customary to confer jurisdiction on courts (for instance, maritime courts) with special competence in that field. This usage will therefore be fairly limited in scope. On the other hand, if usage relates to the form of the contract (a contract concluded rapidly between absent parties, bearing solely on the essential clauses), reference to another document for all other contractual clauses will only serve to prove consent if this other document is of international significance (for example, the contractual terms set by international organisations or non-governmental organisations, the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), etc.). Finally, if consent can be proved by any other means allowed under the law of the court seised, it should be possible to accept the choice.

b *Substantive validity and lawfulness*

107 Turning to the role of national law in issues of substantive validity and lawfulness, we feel it is more consistent to say that the future Convention forms a single whole, and that States Parties cannot use their national laws, even for these two issues. Indeed, as regards substantive validity, the fact that specific clauses in the Convention forbid the use of such clauses in a number of specific instances shows that the conditions of substantive validity have been settled by the Convention, and the various national legal systems have nothing further to say on the question. The same conclusion suggests itself with regard to lawfulness. In fact, bearing in mind the substantive scope of the Convention, the questions concerning the lawfulness of the clause to be admitted in the various fields covered by the Convention may be regarded as settled. The only remaining area of uncertainty is whether the clause is admissible in company statutes of commercial companies or other groups. Perhaps a commentary in the Explanatory Report will suffice to resolve this question.

B *Tacit choice of court*

108 Whether or not tacit choice of court may be permitted is a key issue in the legal regime for the objection to international jurisdiction. Depending on whether tacit choice is allowed, the defendant is required to submit his intended objection to jurisdiction either *in limine litis*, or at any time during the proceedings. Many national systems have a requirement that any objection of want of jurisdiction must be raised before any defence on the merits. Otherwise, the defendant is regarded as having accepted jurisdiction, and cannot afterwards contest it, either in the proceedings before the court of origin or even before the court which is addressed in order to give effect to the judgment in another country. For the defendant, therefore, the rule of tacit choice is a draconian one. It raises numerous difficulties for the right of defence, even if the defendant is present in person in the court seised. A defendant who is a natural person may well be unaware that there can be a challenge to jurisdiction, and that if no challenge is raised before a defence on the merits is begun, he will forfeit this right. When the defendant is not present but is represented by a lawyer, as is now the case in most international proceedings, especially commercial cases, issues of representation will arise. The Special Commission, in June 1994, went so far as to conclude that "in the case of a convention intended to be worldwide, concern should be given to verifying that the appearance is indeed voluntary and not dictated by circumstances or by an abuse of economic power [...] or other unfair means".[133]

[132] As we have seen *supra* No 57, the only condition for the application of the Convention's rule could be that the court seised must be situated on the territory of a Contracting State.

[133] Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 20.

109 Le problème porte donc plus sur la question de la définition du concept de « comparution » que sur l'admission de la règle en elle-même[134]. Plusieurs solutions sont envisageables :

(1) Lorsque le défendeur est représenté, il serait possible d'insérer une clause de représentation dans la Convention exigeant un mandat *ad litem* exprès. Une telle disposition serait vraisemblablement difficile à mettre en œuvre et en contradiction avec un certain nombre de systèmes judiciaires dans lesquels les avocats dûment inscrits au barreau local n'ont pas besoin de se présenter devant le tribunal avec un mandat *ad litem* exprès. Par ailleurs, la Convention ne devrait pas avoir à entrer dans ce type de précisions qui en alourdirait le texte inutilement.

(2) Que le défendeur soit présent ou représenté, le juge pourrait se voir conférer l'obligation de vérifier d'office la validité de la comparution et, notamment, son caractère libre et informé. Mais il serait aussi envisageable de ne pas obliger le juge à agir de cette manière, mais simplement de lui en donner la possibilité, au vu des circonstances de l'espèce. On laisserait alors au Rapport explicatif d'envisager les exemples de circonstances justifiant une telle vérification, défendeur personne physique, nature du litige, montant en jeu, par exemple.

110 En tout état de cause, il nous paraîtrait regrettable que la Convention ne prévoie pas la prorogation tacite, car cela obligerait le juge saisi à toujours vérifier d'office sa compétence, alourdissant ainsi le procès, peut être inutilement. De toute manière, et même si une règle de prorogation tacite est retenue, elle ne pourra pas jouer pour les compétences exclusives ni pour les compétences de protection. La Convention devra le préciser. Dans ces différentes hypothèses et catégories de compétence, le juge doit impérativement vérifier d'office sa compétence, au risque, dans le cas contraire, d'annihiler les avantages de l'exclusivité ou de la protection recherchée.

C *Élection de for dans des matières autres que contractuelles*

111 Est-il possible d'admettre un choix de compétence lorsque le litige ne porte pas sur un contrat? Il nous paraît que pour toutes les matières autres que celles nécessitant une compétence exclusive ou une compétence de protection, il n'y a guère de raison de ne pas admettre un choix de compétence effectué par les parties *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le litige né. Doit-on exiger, dans ce cas, que le tribunal choisi par les parties ait un lien avec les circonstances de la cause, de manière à éviter que certains tribunaux ne deviennent des centres de contentieux pour des raisons qui ne sont pas toujours faciles à élucider? On doit reconnaître que la notion de « tribunal neutre » peut avoir un intérêt dans le commerce international, notamment lorsque les parties ne souhaitent faire confiance à aucun des juges de l'une ou l'autre des deux parties et ne veulent pas non plus aller à l'arbitrage. Toutefois, on sait aussi qu'en des temps où les budgets de la justice sont restreints certains tribunaux ne souhaitent pas statuer sur des litiges n'ayant aucun lien avec leur territoire, même si l'utilisation d'un tribunal peut en réalité être localement une source d'activité économique (utilisation des avocats locaux, des experts, hôtels et restaurants, etc.).

D *Clauses d'élection de for et* forum non conveniens *ou litispendance*

112 Cette question a été abordée pour la première fois par la Commission spéciale de juin 1996[135]. Un consensus s'est dégagé pour estimer que l'autonomie de la volonté est primordiale, qu'elle doit être respectée et doit être protégée contre toute interférence du juge, dont la seule mission devrait être d'apprécier la validité de l'élection de for en fonction des critères qui auront été précisés dans la Convention. Si ce principe semble, effectivement, hors de portée d'une remise en cause générale, il a néanmoins été suggéré à juste titre dans la perspective d'une bonne administration internationale de la justice, que dans certains cas les clauses d'élection de for valables pourraient néanmoins être déclarées inopposables. L'une de ces hypothèses serait par exemple lorsqu'une action est entreprise par un tiers (utilisateur final d'un produit) à l'encontre de l'une des parties au contrat, celle-ci pourrait néanmoins appeler en garantie son cocontractant, alors même qu'elle est engagée envers lui par une clause d'élection de for, sans que ce dernier puisse lui opposer cette clause compte tenu de l'intérêt qu'il peut y avoir, à la fois pour le tiers non partie à cette clause et pour l'économie générale des systèmes judiciaires potentiels en cause, de voir l'intégralité des questions posées jugées en même temps, dans le même procès, par la même juridiction.

113 La Commission spéciale a également suggéré que la question de l'interférence de la litispendance avec une élection de for soit étudiée dans le cadre de la future Convention. Cette question pose le problème plus général de savoir si la juridiction choisie par les parties dans leur clause d'élection de for possède une compétence exclusive ou non. Si tel est le cas, la litispendance est exclue. Dans le cas contraire, la litispendance peut être admise et devrait être réglée de la même manière que pour les autres cas de litispendance.

114 Il conviendrait également de voir dans quelle mesure le choix d'un for par les parties exclut tout recours à un autre for pour demander des mesures provisoires ou conservatoires. On pourra, à cet égard, s'inspirer de l'article 6, numéro 4, de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*[136].

4 *Autres compétences*

115 Dans cette partie de nos développements, nous passons en revue les différentes hypothèses de compétence juridictionnelle qui pourraient être prévues par la Convention, soit comme règles de principe, à la disposition tant du demandeur que du défendeur, soit comme option ouverte au demandeur. On doit cependant d'abord se demander s'il est souhaitable d'ouvrir des compétences au choix du demandeur et quel est l'équilibre à conserver entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur.

A *Équilibre entre demandeur et défendeur*

116 Réfléchir sur les droits respectifs du demandeur et du défendeur revient immanquablement à s'interroger sur l'existence ou l'inexistence d'une nécessité de protection de l'un ou de l'autre. *A priori*, à partir du moment où nous aurions admis des compétences de protection de la nature de celles qui ont été proposées ci-dessus[137], on peut s'interroger sur la nécessité de poursuivre l'œuvre de protection et d'offrir au demandeur un choix entre la compétence traditionnelle reconnue au domicile du défendeur et des compétences optionnelles telles que

[134] Le Groupe de travail a considéré, en effet, que la règle devait être admise, même si elle est assortie de certaines limites telles que celles exprimées à l'art. 10(6) de la Convention Exécution de 1971, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 258.

[135] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 12 à 14 inclus.

[136] Art. 6 : « Tout autre tribunal que le tribunal ou les tribunaux élus doit se déclarer incompétent, sauf : [...] 4. s'il s'agit de mesures provisoires ou conservatoires. »

[137] Voir *supra* Nos 92 et s.

109 Hence the problem has more to do with defining the concept of "appearance" than with admitting the actual rule.[134] Several solutions may be envisaged:

(1) When the defendant is represented, a representation clause could be inserted into the Convention requiring an express *ad litem* authorisation. A provision such as this would probably be difficult to implement, and would conflict with a number of legal systems in which advocates who are duly registered with the local bar association do not need to appear before the court with an express *ad litem* mandate. Furthermore, the Convention should not have to go into such detail, overburdening the text to no real purpose.

(2) Whether the defendant is represented or appears in person, the court could be placed under an obligation to ascertain *proprio motu* that the appearance is valid, and also that it is free and informed. However, the court could also be left free of any such obligation, with the option of checking if the circumstances warrant it. The Explanatory Report would then include examples of such circumstances, such as, for instance, the defendant being a natural person, the nature of the dispute and the amount of money involved.

110 At all events, we think it would be regrettable if the Convention made no provision for tacit choice, as this would mean that the court seised would always have to ascertain for itself that it has jurisdiction, thus overloading the proceedings, and perhaps to no purpose. In any case, even if a tacit choice rule is decided upon, it cannot apply against exclusive or protective jurisdiction. The Convention must make this clear. In these various instances and categories of jurisdiction, the court must necessarily ascertain *ex officio* that it does in fact have jurisdiction, failing which the benefits of exclusivity or of the protection sought would be destroyed. If this is not done, we would take the risk of nullifying the advantages of exclusivity or protection sought.

C *Choice of court in matters not pertaining to contracts*

111 Is it possible to allow a choice of court when the case is not one of contract? We believe that in all cases except those which call for exclusive or protective jurisdiction, there is no reason not to allow the parties to make a choice of court *a posteriori*, *i.e.*, when the dispute has already arisen. In that case, should the court chosen by the parties be required to have a connection with the circumstances of the case, so as to avoid some courts becoming centres of litigation for reasons which are not always clear? It must be admitted that the concept of a "neutral court" may be of value in international trade, especially when the parties do not want to entrust their case to any of their own courts, and are also reluctant to go to arbitration. However, we also know that when funding for the judiciary is tight some courts are unwilling to deal with cases unconnected with their own territory, even if using a court may actually help to generate local economic activity (the use of local barristers, experts, hotels and restaurants, etc.).

D *Choice of court clauses and* forum non conveniens *or* lis pendens

112 This question was tackled for the first time by the Special Commission in June 1996.[135] It was generally agreed that the autonomy of the choice made is primordial, and that it must be respected and protected from any interference by the courts; their only task should be to decide on the validity of the choice of court, in the light of the Convention criteria. Although the principle itself seems beyond question, it has nonetheless been rightly suggested that for the sake of proper international administration of justice, in some cases valid choice of court clauses could be declared ineffective. One such case would be, for instance, when proceedings are taken out by a third party (the end user of the product) against one of the parties to the contract; the latter could then start interlocutory warranty proceedings against his co-contractor, in spite of being already committed to him by a choice of court clause, while the co-contractor would be unable to set up the clause against him. This is because it may be useful, both for the third party who is not a party to the clause, and for the sake of saving resources in the legal systems which may be involved in the proceedings, to have all the issues adjudicated at the same time, in the same proceedings and by the same court.

113 The Special Commission also suggested that the future Convention should deal with the question of interference by *lis pendens* with a choice of forum. This raises the more general question of whether the court chosen by the parties in their choice of forum clause has exclusive jurisdiction or not. If it has, there will be no *lis pendens*. If it does not, *lis pendens* may be admitted, and should be regulated in the same manner as for other cases of *lis pendens*.

114 It should also be considered how far the choice of a forum by the parties excludes any recourse to another forum to request provisional or protective measures. Article 6, sub-paragraph (4), of the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court* offers guidance on this question.[136]

4 *Other jurisdiction*

115 In this part of the report we will consider what kinds of jurisdiction the Convention may provide, either as rules of principle, available to both plaintiff and defendant, or as an option for the plaintiff. First, however, it must be asked whether it is desirable to give the plaintiff a free choice of court, and what balance should be struck between the interests of the plaintiff and those of the defendant.

A *The balance between plaintiff and defendant*

116 Considering the respective rights of the plaintiff and the defendant inevitably means questioning whether either of them actually needs protection. *A priori*, as soon as we have admitted protective jurisdiction of the kinds proposed above,[137] we may ask whether it is necessary to pursue the task of protection by offering the plaintiff a choice between the traditional jurisdiction, at the domicile of the defendant, and optional jurisdiction such as those in the Brussels and

[134] The Working Group took the view that the rule ought to be admitted, even accompanied by some restrictions such as those in Art. 10(6) of the 1971 Enforcement Convention, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 259.

[135] Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 12 to 14 inclusive.

[136] Art. 6: "Every court other than the chosen court or courts shall decline jurisdiction except – [...] (4) for the purpose of provisional or protective measures."

[137] See *supra* Nos 92 *et seq.*

celles connues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, notamment dans l'article 5. La réponse à cette question devrait, nous semble-t-il, dépendre de l'admission ou non dans le cadre de la Convention, d'une théorie similaire à celle du *forum non conveniens*[138]. En effet, la compétence de la résidence habituelle du défendeur qui, en théorie, peut apparaître parfaitement respecter les intérêts des uns et des autres et leur juste équilibre, en pratique peut parfois s'avérer injuste. Une alternative s'ouvre alors: soit on décide de créer des compétences optionnelles pour le demandeur, mais on risque alors de faire pencher la balance un peu trop du côté du demandeur[139] et il faut alors admettre une théorie similaire à celle du *forum non conveniens* pour pallier cet inconvénient dans des cas appropriés, soit on n'admet pas de compétences optionnelles au profit du demandeur et on s'en tient à la compétence classique au profit de la résidence habituelle du défendeur quitte, à ce moment-là, à prévoir un plus grand nombre de règles spéciales.

117 Si les délégués devaient choisir la première branche de l'alternative, il conviendra d'être particulièrement vigilant sur la formulation des dispositions qui seraient adoptées. En effet, l'expérience a montré que des règles telles que l'article 5 (1) ou 5 (3) des Conventions de Bruxelles et de Lugano sont d'utilisation difficile et aboutissent souvent à des résultats insatisfaisants[140].

B *Compétence en matière contractuelle*

118 Si l'on décide d'inclure une règle de compétence spéciale en matière contractuelle[141], on ne devrait pas s'inspirer de la rédaction de l'article 5 (1) de la Convention de Bruxelles[142]. Il semble raisonnable de proposer que le tribunal désigné soit compétent pour statuer sur tous les litiges résultant d'un contrat, y compris sur des questions de validité et d'interprétation sachant que l'un des objectifs de la future Convention devrait être de concentrer le contentieux au lieu d'un seul for approprié plutôt que d'autoriser son éclatement selon l'obligation en cause.

119 Quel devrait être le tribunal désigné par la disposition conventionnelle? *A priori*, le tribunal du lieu d'exécution du contrat paraît le plus approprié, puisque c'est au lieu d'exécution du contrat que se situent son centre de gravité, son insertion dans l'ordre juridique et économique du pays ainsi que, vraisemblablement, l'interaction des différentes parties au contrat qui seront vraisemblablement, au moins pour l'une d'entre elles, présentes sur le territoire d'exécution du contrat. Choisir le lieu d'exécution présente de nombreux avantages mais il présente également des inconvénients. C'est le cas notamment lorsque, dans un contrat complexe, plusieurs lieux d'exécution existent en fonction des diverses obligations du contrat. Une possibilité serait alors de dire que le lieu d'exécution tel qu'utilisé dans la Convention est celui de «l'obligation caractéristique» du contrat. Toutefois, cette notion d'«obligation» ou «prestation» «caractéristique» est souvent arbitraire et ne représente pas forcément la réalité économique du contrat. De plus, certains systèmes juridiques, notamment de *common law*, ignorent la notion de «prestation caractéristique» qui, il faut bien le dire, a souvent été créé comme une fiction juridique plus que comme une réalité concrète. Si une telle orientation était prise, la Convention devrait également décider si le choix des parties d'un lieu d'exécution d'une obligation particulière ou du contrat dans son ensemble peut influencer la règle de compétence juridictionnelle alors même que la clause par laquelle le choix du lieu d'exécution a été fait ne respecte pas les conditions de validité exigées pour la clause d'élection de for[143].

120 Compte tenu de ces difficultés qu'il ne sera peut-être pas possible de surmonter, la Commission spéciale voudra peut-être adopter une disposition minimaliste qui ne s'applique qu'à certains contrats et privilégierait un lieu d'exécution aisément déterminable en pratique: (1) le lieu de livraison effective de la chose ou du bien; (2) le lieu d'exercice de la prestation de service. Cette disposition permet d'éviter tout débat sur la prestation caractéristique ou sur la qualification du contrat. Lorsque le contrat en cause ne permet pas d'user de la règle, la compétence serait déterminée par la règle subsidiaire toujours disponible[144].

C *Compétence en matière délictuelle*[145]

121 À cet égard, il serait délicat de prendre modèle sur l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles qui, en apparence, propose une règle simple et pratique mais, en réalité, ne peut fonctionner correctement dans les procédures complexes, ainsi que l'a montré la toute première décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes en interprétation de cette disposition qui ouvre trop largement les compétences concurrentes et, dès lors, ne peut donner satisfaction au point que la Cour, jusqu'à maintenant, s'est toujours refusé à réitérer cette solution tout en ne la condamnant pas directement[146].

122 Si l'on décide d'inclure un chef de compétence en matière délictuelle, il conviendrait vraisemblablement de prévoir une disposition assez complète représentant les grandes catégories de litiges que l'on connaît en la matière[147]. Si le litige met en présence seulement deux parties, une victime et un auteur de dommages, on pourrait décider de donner compétence au tribunal du domicile de la victime à condition que celui-ci ait été prévisible pour le défendeur. En revanche, si l'auteur du dommage ne pouvait prévoir cette compétence (s'il ignorait la résidence habituelle de la victime, ce qui sera le cas lorsqu'elle s'est déplacée sur le territoire dans lequel l'accident a eu lieu), on peut se demander si l'on ne doit pas préférer la compétence du tribunal du lieu où le fait causal s'est déroulé. Une telle disposition permettrait de régler la question délicate du dommage causé d'un côté de la frontière alors que le fait causal s'est déroulé de l'autre côté. En effet, dans tous les cas de pollution on peut mettre à la charge du défendeur, auteur de la pollution, une présomption de connaissance que son acte de pollution pouvait atteindre des victimes résidant habituellement au-delà de la frontière le séparant d'elles. Il

[138] Voir discussions *supra* Nos 67 et s.
[139] C'est le cas, manifestement, des Conventions de Bruxelles et de Lugano qui ouvrent très largement, particulièrement avec les interprétations données par la Cour de justice des Communautés européennes, les options au demandeur et constituent finalement une prime à la rapidité et une incitation à «la course au tribunal».
[140] En ce qui concerne l'art. 5 (1), les critiques sont trop nombreuses pour être rappelées ici. Quant à l'art. 5 (3) le grand nombre d'arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes qui n'ont jamais réitéré la solution du premier d'entre eux (*Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace*, 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Rec.* p. 1735) montre que la règle ne donne pas vraiment satisfaction. C'est ce que le Groupe de travail a reconnu, de même qu'il a conclu au caractère trop restrictif de l'art. 10(4) de la Convention Exécution de 1971, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 258.
[141] Ni le Groupe de travail ni la Commission spéciale de juin 1994 ne sont parvenus à une conclusion quant à l'introduction d'une règle de compétence spéciale en la matière: cf. Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 23. La Commission spéciale de juin 1996 n'a pas discuté de cette question.
[142] Opinion exprimée au moins en ce qui concerne les compétences différentes selon les diverses obligations découlant du contrat par le Groupe de travail, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260.
[143] La CJCE, dans un arrêt du 20 février 1997 (aff. C-106/96, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*), a décidé qu'une clause contractuelle de cette nature, exclusivement destinée à établir un lieu de for déterminé, n'est pas valide si elle ne respecte pas les conditions énoncées par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles.
[144] Cf. *infra* No 133.
[145] La Commission spéciale de juin 1994 a conclu que le *forum delicti commissi* est admissible seulement si la situation est localisée dans un seul État. En revanche, elle a réservé entièrement la discussion sur le chef de compétence à choisir pour les délits à distance, cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 17.
[146] *Aff. Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* (citée *supra* note 140). Notons que la Cour a déjà eu à se prononcer à six reprises sur le texte de l'art. 5 (3) et elle est encore saisie d'autres questions préjudicielles.
[147] Un travail considérable a été mené par le comité sur la procédure civile et commerciale internationale de l'Association de Droit international et a donné lieu à une publication: C. McLachlan & P. Nygh (dir.), *Transnational Tort Litigation – Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 245 p.

Lugano Conventions, especially Article 5. We think the reply to the question should depend on whether the Convention is to include a theory similar to *forum non conveniens*.[138] In fact, the jurisdiction of the defendant's habitual residence, which in theory may seem to respect completely the interests of all concerned and a balance among them, may sometimes in practice prove inequitable. We then have two alternatives. Either we decide to create optional forms of jurisdiction for the plaintiff – which would risk tipping the balance rather too far on his side,[139] so that a theory similar to *forum non conveniens* would have to be introduced to mitigate this drawback in appropriate cases – or the plaintiff could be denied any optional jurisdiction, the traditional jurisdiction at the habitual residence of the defendant being retained, with perhaps a larger number of special rules.

117 If experts opt for the former alternative, they must be especially vigilant when framing the provisions for adoption. Experience has shown that rules such as Article 5 (1) or 5 (3) of the Brussels and Lugano Conventions are difficult to use, and often result in unsatisfactory outcomes.[140]

B *Jurisdiction in contract*

118 If it is decided to include a special jurisdiction rule for contracts,[141] we should not take the text of Article 5 (1) of the Brussels Convention as a model.[142] It seems reasonable to propose that the court appointed should have jurisdiction to resolve all disputes arising from a contract, including issues of validity and interpretation, bearing in mind that one of the objectives of the future Convention should be to concentrate litigation in the place of a single appropriate forum, rather than letting it be split up according to the particular contractual obligations concerned.

119 What court should be given jurisdiction under the Convention? *A priori*, the court of the place where the contract is performed seems the most appropriate, since it is at the place of performance that the contract has its centre of gravity, its place in the legal and economic order of the country. It will also, most probably, be the locus of interaction of the various parties to the contract, since at least one of them is likely to be present on the territory where the contract is performed. Choosing the place of performance has numerous advantages, but it also presents certain drawbacks. For instance, in a complex contract, there will be several places of performance, according to the various contractual obligations. One possibility would then be to say that the place of performance, as referred to in the Convention, is the place of the "characteristic obligation" of the contract. However, this concept of a characteristic obligation is often arbitrary, and does not necessarily represent the economic reality of the contract. Moreover, some legal systems, especially common law ones, do not have the notion of a "characteristic performance", and admittedly, this is often more of a legal fiction than a concrete reality. If such an approach were adopted, the Convention would also have to decide whether the choice by the parties of a place of performance of a specific obligation, or of the contract as a whole, can influence the rule of jurisdiction even though the clause whereby the choice has been made of a place of performance does not comply with the conditions of validity required for the choice of forum clause.[143]

120 In view of these difficulties which may not be possible to overcome, the Special Commission may perhaps adopt a minimalist provision applying only to certain types of contracts and would prefer an enforcement situs easily defined in practice: (1) the effective delivery locus of the thing or the property; (2) the place of performance of the service. This provision could avoid any debate on the characteristic obligation or on the characterisation of the contract. When the contract at stake does not permit the use of the rule, jurisdiction would be defined by the subsidiary rule which is always available.[144]

C *Jurisdiction in tort*[145]

121 It would not be sensible, in this regard, to take as a model Article 5 (3) of the Brussels Convention: seemingly, it offers a simple and practical rule, but in reality, it cannot work properly in complex proceedings, as shown by the very first decision rendered by the European Court of Justice interpreting this provision. It makes too much room for concurrent jurisdiction, and cannot therefore be satisfactory; indeed until now, the Court has always declined to repeat this solution, while not rejecting it out of hand.[146]

122 If it is decided to include a ground of jurisdiction for tort, it would probably be best to draft a detailed clause listing all the major categories of disputes known to occur in this field.[147] If the dispute involves only two parties, a victim and a perpetrator, it could be decided to give jurisdiction to the court of the victim's domicile, provided this was foreseeable from the defendant's point of view. On the other hand, if the perpetrator was unable to foresee this jurisdiction (if he did not know the habitual residence of the victim, as will be the case if the victim travelled to the territory where the accident occurred), one may ask whether it would be better to opt for the jurisdiction of the place where the harmful event occurred. A provision of this kind would make it possible to solve the tricky question of damage caused on one side of a border, whereas the causal fact took place on the other side. Indeed, in all cases of pollution the defendant, the author of the pollution, can be presumed to know that his polluting act could affect victims habitually residing beyond the border separating him from them.

[138] See the developments *supra* Nos 67 *et seq.*

[139] This is the case, obviously, with the Brussels and Lugano Conventions which, especially with the interpretations given by the Court of Justice of the European Communities, give the plaintiff a broad range of options; they offer a bonus for speed and encourage a "race to court".

[140] As regards Art. 5 (1), the criticisms are too numerous to mention here. As for Art. 5 (3), the many judgments of the Court of Justice of the European Communities, which have never repeated the solution used in the first one (*Bier B.V. v. Mines de Potasse d'Alsace*, 30 November 1976, case 21/76, *ECR*, p. 1735) show that the rule is not really satisfactory. The Working Group recognised this, also concluding that Art. 10(4) of the 1971 Enforcement Convention was too restrictive, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 259.

[141] Neither the Working Group nor the Special Commission of June 1994 reached any conclusion on including a special jurisdictional rule: *cf.* Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261 and Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 23. The Special Commission of June 1996 did not discuss this question.

[142] This view was expressed by the Working Group, at least with regard to the different jurisdiction depending on the various contractual obligations, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261.

[143] The ECJ, in a decision of 20 February 1997 (case C-106/96 *Mainschiffahrts-Genossenschaft EG (MSG) v. Les Gravières Rhénanes SARL*), decided that a contractual clause of this nature, exclusively geared towards the definition of the situs of the forum, is not valid if it does not conform to the conditions of validity provided for in Art. 17 of the Brussels Convention.

[144] See *infra* No 133.

[145] The Special Commission of June 1994 concluded that the *forum delicti commissi* is admissible only if the situation is one within a single State. But it reserved entirely the question of the ground of jurisdiction which should be chosen for torts committed at a distance, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 17.

[146] *Bier B.V. v. Mines de Potasse d'Alsace* (cited *supra* note 140). We note that the Court has already had to give a ruling, on six occasions, on the wording of Art. 5 (3), and it is still seised with other prejudicial questions.

[147] Much work has been done by the committee on international civil and commercial procedure of the International Law Association, resulting in a publication: C. McLachlan and P. Nygh (eds.), *Transnational Tort Litigation – Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 245 p.

en ira de même des actes de diffamation par voie de presse, de télévision ou d'Internet, ainsi que des actes de concurrence déloyale atteignant plusieurs marchés. La difficulté réelle dans ce type de règles est la définition même et la preuve de la notion de prévisibilité et de connaissance.

D *Compétence en matière de succursale*

123 On pourrait admettre une règle dite des « gares principales » selon laquelle le demandeur a la possibilité d'attraire un défendeur société-mère devant le tribunal de l'établissement, la succursale ou tout autre branche d'activité à condition que le litige soit né des activités de cet établissement, succursale ou branche[148]. Il conviendra vraisemblablement d'être vigilant sur la définition de l'expression « succursale, établissement, branche » et décider s'il convient d'exclure toute activité entreprise sous forme de personne morale distincte (filiale) à condition que cette personne morale distincte ne soit pas purement fictive, c'est-à-dire qu'elle ne soit qu'une façade destinée justement à empêcher d'attraire dans une procédure le défendeur réel ayant une solvabilité certaine[149]. De la même manière, on devrait se demander si la présence d'un simple agent chargé de la commercialisation des produits d'une société étrangère suffit à attraire cette dernière devant les tribunaux du lieu de situation de l'agent.

E *Compétence en matière de trust*

124 Il est vraisemblablement nécessaire de prévoir une règle de compétence particulière en matière de trust ainsi que le Groupe de travail et la Commission spéciale de juin 1994 l'ont reconnu[150] sans toutefois parvenir à une conclusion sur le contenu de la règle. Pour établir cette règle, on aura égard à la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* qui met l'accent sur le caractère volontaire du trust. Il semble que tous les systèmes juridiques qui connaissent le trust admettent l'élection de for pour les litiges internes au trust. C'est pourquoi la nouvelle Convention devrait également admettre la clause d'élection de for. En cas d'absence de choix, il convient de donner compétence au tribunal du lieu de « centre de gravité » du trust[151]. À notre avis, il est possible de maintenir les quatre éléments proposés par l'article 7 de la Convention Trust de 1985 comme base de détermination du centre de gravité du trust. Il conviendra également de définir quelles catégories de trusts sont couvertes par la Convention. Pour conserver une cohérence avec la Convention de 1985, il serait préférable de limiter l'application de la règle aux « trusts créés volontairement » par écrit. Toutefois, cette règle présenterait l'inconvénient d'exclure les trusts créés expressément par la loi et qui, même s'ils sont en nombre limité, peuvent néanmoins présenter certaines situations litigieuses entrant dans le champ d'application de la Convention[152]. Certaines questions devront, en outre, être éclaircies telles que le caractère exclusif ou non de la compétence[153] et l'éventuelle attraction de la compétence exclusive en matière immobilière lorsque le litige porte sur un immeuble constitué en trust.

F *Connexité*

125 La question de la connexité doit également être étudiée. Il est vraisemblable qu'une règle de compétence fondée sur la connexité soit utile voire nécessaire dans le cadre d'une convention telle que celle que nous préparons. Il conviendra de définir la connexité qui pourrait reposer sur une identité de fait et / ou de droit des actions entreprises ou à entreprendre. Toutefois, on peut se poser la question de savoir si la compétence de connexité doit être autonome ou si elle doit être insérée comme l'un des éléments à prendre en considération par le juge lorsqu'il étudie la possibilité d'un *forum non conveniens*. Nous pensons cependant que les caractéristiques de la théorie du *forum non conveniens* sont telles qu'une règle de connexité autonome peut demeurer nécessaire même si la Convention contient une règle concernant le *forum non conveniens*[154].

G *Mesures provisoires et conservatoires*

126 En ce qui concerne les règles de compétence concernant les mesures provisoires et conservatoires, celles-ci nous paraissent essentielles, surtout au plan international, compte tenu de la complexité des affaires et de la plus grande facilité que les personnes (notamment les personnes morales) ont de répartir leurs avoirs y compris dans des pays difficilement accessibles soit en raison de règles juridiques particulières soit en raison d'un système bancaire privilégiant encore la pratique du secret. À cet égard, il pourra être intéressant de prendre connaissance de la Résolution de l'ILA adoptée par sa Soixante-septième Conférence tenue à Helsinki sur proposition du Comité sur la procédure civile et commerciale internationale concernant les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international[155]. Certains de ces principes peuvent paraître étrangers aux systèmes de tradition romano-germanique mais ils demeurent, dans l'ensemble, équilibrés quant aux intérêts du demandeur et du défendeur et proposent une définition des mesures provisoires et conservatoires fort utile pour les travaux de la Commission spéciale.

H *Compétence en matière d'obligations alimentaires*

127 Si les experts décident que la future Convention portera également sur les obligations alimentaires[156] se poserait alors la question de la définition du créancier d'aliments, notamment de la notion de conjoint (faut-il limiter celle-ci aux couples mariés ou ayant été mariés, ou faut-il étendre la notion à d'autres relations ?). Il conviendra également de se demander si le créancier peut comprendre tout ascendant ou collatéral.

128 Quant à la règle de compétence qui pourrait être adoptée, elle nécessite une discussion approfondie des avantages et inconvénients de retenir la résidence habituelle du créancier d'aliments comme for principal ainsi que nous l'avons déjà exposé ci-dessus[157].

[148] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 14.
[149] Cette question est délicate. Il est clair que la possibilité pour une entreprise de loger des activités dans une entité juridique distincte ayant une personnalité morale propre ne doit pas être évincée par une règle de compétence qui ferait fi de cette personnalité morale et procèderait à une « levée de voile » automatique, quelles que soient les circonstances. D'un autre côté, la notion même de « fictivité » varie d'un système juridique à l'autre et n'est pas forcément appliquée de la même manière dans tous les domaines (faillite, droit de la responsabilité civile, transport maritime, pour ne citer que trois exemples). Nous sommes d'avis que la solution pourrait être pour la règle conventionnelle de ne citer que les formes d'entité sans personnalité morale distincte et de laisser au droit national de chaque État contractant la possibilité d'étendre la règle de compétence en cas de fictivité de l'entité juridiquement distincte, cette notion n'étant pas unifiée. Cette solution devrait être exposée dans le Rapport explicatif en donnant des exemples de cas de jurisprudence dans lesquels la fictivité a été reconnue ce qui permettra de guider les praticiens. À cette fin, les délégations à la Commission spéciale de juin 1997 ont été invitées à adresser au Bureau Permanent une note en réponse aux questions posées dans l'annexe IV au présent rapport (le « Questionnaire sur la fictivité des personnes morales », établi par C. Kessedjian, n'est pas reproduit dans ce tome mais il est disponible à l'adresse <www.hcch.net>). Après réception de ces réponses, un document de synthèse était établi par le Bureau Permanent et adressé à toutes les délégations.
[150] Cf. Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 16.
[151] L'expression « centre de gravité » nous paraît plus exacte que celle de « domicile » utilisée par l'art. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 65) donne quelques explications éclairantes de la doctrine anglaise sur cette notion.
[152] Pour une explication des raisons de la formulation retenue par la Convention de Bruxelles, voir le Rapport Schlosser (*ibid.*), aux p. 105 et s.
[153] Rappelons que le Groupe de travail a émis l'idée que la compétence en matière de trust pouvait être exclusive, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 260.
[154] Cf. Doc. prél. No 3 d'avril 1996 (*op. cit.* note 89).
[155] Les principes contenus dans cette Résolution sont reproduits en annexe I au présent rapport, voir ci-dessous p. 70 du présent tome.
[156] Voir discussion *supra* Nos 34 et s.
[157] Cf. *ibid.*

The same will apply to acts of defamation via the press, television or the Internet, and acts of unfair competition on several different markets. The real difficulty with rules of this kind is the actual definition and proof of the notion of predictability and knowledge.

D *Jurisdiction in matters concerning branches*

123 A rule could be accepted known as "*gares principales*", whereby the plaintiff can bring a "parent company" defendant before the court of the place of establishment, of the branch or other centre of activity, as long as the dispute arose from the activities of that establishment, branch or centre.[148] Caution will probably be needed in defining what is meant by a "branch, establishment or centre of activity", and perhaps it will be necessary to decide whether it is advisable to exclude all activities undertaken in the form of a separate legal person (subsidiary), on condition this separate legal person is not purely fictitious, *i.e.*, a "front" intended to protect the real defendant, who is solvent, from being sued.[149] Likewise, we should ask ourselves whether the mere presence of an agent in charge of the commercialisation of a foreign company's products would suffice to sue the latter before the court of the country where the agent is located.

E *Jurisdiction in matters of trusts*

124 It is probably necessary to provide a special jurisdictional rule for trust cases, as the Working Group and the Special Commission in June 1994 admitted,[150] without however reaching any conclusion on the content of the rule. In devising it, account will be taken of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, which emphasises the voluntary nature of trusts. Apparently, all legal systems which recognise trusts allow a choice of court for disputes internal to the trust. Hence the new Convention should likewise include a choice of court clause. If no choice is made, jurisdiction should be given to the place of the "centre of gravity" of the trust.[151] In our view, it is possible to keep the four elements proposed in Article 7 of the 1985 Trusts Convention, as a basis for determining the centre of gravity of the trust. It must also be decided which categories of trust are covered by the Convention. To ensure consistency with the 1985 Convention, it would be preferable to confine the application of the rule to "trusts created voluntarily" in writing. However, this rule would have the disadvantage of excluding trusts created expressly under the law; although there are not many of these, they can engender disputes within the scope of the Convention.[152] Certain other questions will have to be clarified, such as the exclusive or non-exclusive character of the jurisdiction[153] and the possibility of exclusive jurisdiction coming into play for property matters where the dispute relates to an immovable constituted as a trust.

F *Related actions*

125 The question of related actions must also be studied. A jurisdictional rule based on this concept could be useful, not to say essential, in a convention such as the one now under preparation. Related actions must be defined; the relationship may be based on identical facts and / or identical law in proceedings which have been or may be instituted. However, it may be asked whether jurisdiction based on related causes of action has to be autonomous, or whether it should be included as one of the factors to be taken into consideration by the court when examining the possibility of a *forum non conveniens*. We feel, however, that the characteristics of the theory of *forum non conveniens* are such that an independent rule on related actions may still be necessary, even if the Convention contains a rule on the *forum non conveniens*.[154]

G *Provisional and protective measures*

126 As for rules of jurisdiction concerning provisional and protective measures, we think these are essential, especially in the international arena, bearing in mind the complexity of cases and the increased facility for persons (especially legal persons) to distribute their assets, in countries which are difficult to access as well, either because of special legal rules or because of a banking system which continues to favour secrecy. In this regard, it will be helpful to consider the ILA Resolution adopted by the Sixty-Seventh Conference held at Helsinki, on a proposal by the Committee on international civil and commercial procedure, concerning provisional and interim measures in private international litigation.[155] Some of these principles may be unfamiliar to legal systems in the Roman law tradition, but on the whole they strike a fair balance between the respective interests of the plaintiff and the defendant, and they offer a definition of provisional and interim measures which is very useful for the purposes of the Special Commission.

H *Jurisdiction in matters regarding maintenance (support) obligations*

127 If the experts decide that the future Convention is to deal with maintenance obligations,[156] the question will then arise of defining the maintenance creditor, and especially the notion of a spouse (should this be confined to married or formerly married couples, or should it be extended to other relationships?). It will also be necessary to inquire whether a creditor can include relatives in the direct or collateral line of descent.

128 As for the jurisdictional rule which might be adopted, it will necessitate an in-depth discussion of advantages and inconveniences resulting from adopting the habitual residence of the maintenance creditor as the main forum as discussed above.[157]

[148] Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 14.
[149] This is a delicate issue. It is clear that the possibility, for an enterprise, of placing activities within a separate legal entity with its own legal personality must not be removed by a jurisdictional rule disregarding this legal personality, thus "lifting the veil" automatically, regardless of the circumstances. On the other hand, the very idea of a "fictitious" entity varies from one legal system to another, and is not necessarily applied in the same way in all areas (bankruptcy, civil liability, maritime transport, to mention only three examples). Our view is that the solution could be for the Convention's rule to mention only the kinds of entity which do not have a separate legal personality, leaving it to the national law of each Contracting State to extend if it so wishes the jurisdictional rule to cases where the separate legal entity is fictitious, since this is not a unified concept. This solution should be explained in the Explanatory Report, giving examples from the case law in which entities have been found to be fictitious, as a guide for practitioners. For this purpose, experts to the Special Commission in June 1997 were invited to send the Permanent Bureau a note in reply to the questions put forth in Annex IV to this report (the "Questionnaire on the matter of fictitious corporations", drawn up by C. Kessedjian, has not been reproduced in this tome but is available at <www.hcch.net>). Upon receipt of these replies an analytical summary was drawn up by the Permanent Bureau and sent to all participants.
[150] *Cf.* Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261 and Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 16.
[151] The expression "centre of gravity" seems to us to be more accurate than the term "domicile" appearing in Art. 5 of the Brussels and Lugano Conventions. The Schlosser Report (*op. cit.* note 65) contains some enlightening comments on the English theory of this concept.
[152] For an explanation of the reasons for the wording in the Brussels Convention, see the Schlosser Report (*ibid.*), pp. 105 *et seq.*
[153] The Working Group thought jurisdiction in trust cases could be exclusive, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 261.
[154] See Prel. Doc. No 3 of April 1996 (*op. cit.* note 89).
[155] The principles in this Resolution are reproduced in Annex I to this report, see *infra* p. 71 of this tome.
[156] *Cf.* discussion *supra* Nos 34 *et seq.*
[157] *Cf. ibid.*

I *Compétence en matière de concurrence*

129 Si la Commission spéciale décidait d'inclure une disposition particulière concernant les actions en matière de concurrence, elle aurait le choix de prévoir, en plus de la compétence classique du tribunal de la résidence habituelle du défendeur[158], celle du tribunal du lieu où l'acte de concurrence déloyale a été exécuté, celle du tribunal du lieu où la victime a subi son préjudice ou encore celle du tribunal du lieu où les effets de l'acte de concurrence déloyale se sont fait sentir. Une étude de droit comparé montre que, à des degrés divers, les différents systèmes juridiques permettent l'utilisation alternative de l'une ou l'autre de ces compétences. La plupart du temps, lorsque la compétence est donnée au tribunal du lieu où la victime subit son préjudice ou bien du lieu où les effets de l'acte de concurrence déloyale se font ressentir, cette compétence est limitée aux actions portant sur le préjudice subi à ce lieu, en raison d'une portée territoriale stricte de l'acte de concurrence. Si la victime veut voir son préjudice global indemnisé, elle devra agir devant autant de tribunaux que de lieux de préjudices subis.

130 Si l'on veut tenter l'utilisation d'un critère de compétence fondé sur une analyse économique des actions en matière de concurrence, on doit prendre comme point de départ l'idée selon laquelle il ne peut y avoir concurrence que s'il existe un marché. Or, le marché n'existe que si les deux parties à l'action sont présentes sur ce marché, soit par l'intermédiaire d'un établissement, d'une branche, voire d'une filiale, soit parce que leurs produits ou leurs services y sont déjà proposés à la clientèle. Si cette prémisse est acceptée, le for le plus approprié pour à la fois indemniser le préjudice éventuellement subi par la victime et ordonner une injonction en cessation est le tribunal situé sur le territoire du marché où les deux parties sont présentes (au sens économique du terme), où l'acte de concurrence a été exécuté ou a violé les règles locales du droit de la concurrence ou de la concurrence déloyale. Ce for présente de nombreux avantages: (1) il est prévisible à la fois pour le demandeur et le défendeur qui sont économiquement actifs sur ce marché; (2) demandeur et défendeur doivent avoir prévu les risques inhérents au droit applicable au lieu où l'acte de concurrence a été constaté; (3) le for situé à proximité des faits est le mieux à même pour apprécier les conséquences sur le marché et sur la victime des actes reprochés au défendeur et pourra trouver facilement les preuves pour prendre sa décision; (4) ce for pourra également, puisque le défendeur est présent, lui ordonner de cesser l'activité en cause; (5) les dommages et intérêts pourront être appréciés globalement, puisque le calcul économique sera fait sur la base du marché local et extrapolé aux autres marchés en fonction des parts de marché détenues par le demandeur et le défendeur et du préjudice potentiel subi par le demandeur en fonction de ses parts de marché.

131 Avec ce critère, on n'élimine pas complètement l'hypothèse où plusieurs marchés sont affectés en même temps dans lesquels demandeur et défendeur sont également présents. Dans un tel cas, on peut admettre que le choix revienne au demandeur d'assigner dans l'un ou l'autre des marchés concernés. Il reviendrait au juge ainsi choisi d'appliquer distributivement les lois des différents marchés concernés pour vérifier que l'acte contesté constitue bien une violation des règles de concurrence dans chacun des marchés affectés.

132 Enfin, dans l'hypothèse où le critère proposé ne pourrait pas s'appliquer, car le demandeur ne serait pas encore présent sur le marché mais aurait eu simplement l'intention d'y commercialiser un produit à l'avenir (ce serait l'hypothèse d'un produit contrefait non encore commercialisé), la victime pourrait toujours assigner au lieu de la résidence habituelle du défendeur (personne physique) ou au lieu du principal établissement ou du siège social du défendeur (personne morale).

[158] Cf. *infra* No 133.

J *Compétence de la résidence habituelle du défendeur*

133 La place tardive que nous donnons à la compétence du tribunal de la résidence habituelle du défendeur étonnera probablement certains lecteurs. Elle tient à plusieurs facteurs: (1) c'est une compétence indiscutable et indiscutée, même si les systèmes de *common law* ne la connaissent pas en tant que telle mais ne la refusent pas comme règle de compétence indirecte, car elle leur paraît raisonnable; (2) c'est une compétence «générale» au sens où toutes les actions, de quelque nature qu'elles soient et sans aucune limite, peuvent être portées devant ce tribunal; (3) dans la pratique, c'est une compétence résiduelle, le demandeur hésitant toujours à croiser le fer judiciaire sur le terrain du défendeur. La place qui lui sera donnée dans la future Convention ne devrait pas entraîner des conséquences juridiques et pratiques importantes. En ce sens, elle relève d'une politique pédagogique.

K *Compétences autres prévues par le droit national*

134 Selon que l'on aura décidé de faire de la nouvelle Convention une convention double stricte ou mixte, cette rubrique n'aura pas lieu d'être ou, au contraire, sera nécessaire. En effet, dans le cadre d'une convention double stricte, les États contractants ne peuvent plus autoriser leurs tribunaux à exercer d'autres compétences que celles qui sont prévues par la Convention. En revanche, dans le cadre d'une convention mixte, il sera nécessaire de prévoir une disposition par laquelle cette liberté sera organisée. Elle aura bien entendu des conséquences sur le sort du jugement qui aura été rendu en vertu de telles compétences.

Section 3 – Chefs de compétence exorbitants et exclus[159]

135 Pour qu'elle soit attractive et utile pour les justiciables, la Convention devra comprendre une liste de compétences exorbitantes dont l'utilisation est exclue dans le cadre de la Convention. Certes, si la Convention est double, la liste n'est là que pour des raisons pédagogiques. Il s'agit alors d'une norme narrative puisque toutes les compétences qui ne sont pas autorisées par le texte, sont automatiquement exclues. En revanche, si la Convention est mixte, la liste des compétences exclues prend une place essentielle et véritablement normative.

1 *Méthode*

136 L'établissement de cette liste pourrait semble-t-il suivre en partie la méthode adoptée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cette méthode suit une progression en deux temps: (1) chaque État représenté à la Session diplomatique qui adoptera le texte de la Convention déclarera les compétences exorbitantes contenues dans ses règles nationales qu'il abandonnera dans le cadre de la Convention. Assez tôt au cours des négociations qui précèderont la Session diplomatique, les États seront invités à faire connaître la liste des compétences qu'ils souhaitent inclure dans cette disposition conventionnelle. Cette liste sera particulièrement nécessaire pour tous les États dont on ne connaît pas encore la position sur cette question, contrairement aux États parties aux Conventions de

[159] On pourrait imaginer que la liste des compétences exorbitantes apparaisse seulement dans la partie de la Convention consacrée aux effets des jugements étrangers, s'adressant ainsi seulement au juge requis (cf. suggestion faite par le Bureau Permanent, dans «Liste récapitulative commentée des problèmes qui devront être discutés lors de la réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements», Doc. prél. No 1 de mai 1994 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1994, accessible à l'adresse <www.hcch.net>). Nous pensons toutefois préférable de la placer dans la première partie de la Convention consacrée à la compétence juridictionnelle internationale directe et ce, comme nous l'avons dit plus haut, pour accroître la prévisibilité pour le justifiable qui doit savoir, dès qu'il commence la procédure au fond dans le pays d'origine, s'il est ou non, devant un juge compétent et ainsi lui permettre d'éviter immédiatement de saisir un juge qui n'est pas internationalement compétent.

I *Jurisdiction in competition*

129 If the Special Commission decides to include a special clause on actions in competition, it will have the choice of providing jurisdiction, not only in the traditional sense for the court of the defendant's habitual residence,[158] but also for the court of the place where the act of unfair competition occurred, of the place where the victim suffered damage, or of the place where the effects of the act of unfair competition are felt. A study of comparative law shows that, to varying degrees, the different legal systems allow for any of these jurisdictions to be used alternately. Most of the time, when jurisdiction is given to the court of the place where the victim suffers damage, or of the place where the effects of the act of unfair competition are felt, this jurisdiction is limited to actions for damage suffered at this place, because of the strict territorial extent of the act of competition. If the victim wants the whole of the damage compensated, he will have to apply to as many courts as there are places where damage has occurred.

130 If we seek to use a jurisdictional criterion based on an economic analysis of competition law cases, the starting point has to be that competition can only exist where there is a market. But the market exists only if both parties to the action are present in it, either through an establishment, a branch or a subsidiary, or because their products or services are already being offered to customers there. If this premise is accepted, the most appropriate forum, both for compensating damage suffered by the victim and making restraining orders, is the court situated on the territory of the market where both parties are present (in the economic sense of the term), where the act of competition was carried out or where the local rules of competition law or unfair competition have been breached. This forum has many advantages: (1) it is predictable both for the plaintiff and for the defendant, who are economically active in the market concerned; (2) the plaintiff and the defendant must have anticipated the risks inherent in the law applicable to the place where the act of competition took place; (3) the forum situated close to the facts is the best placed to appraise the impact on the market and on the victim of the acts of which the defendant is accused, and can easily find evidence on which to base its decision; (4) this forum can also, since the defendant is present, order him to suspend the activity in question; (5) damages can be assessed comprehensively, as the economic calculation will be made on the basis of the local market, and extrapolated to the other markets according to the market share held by the plaintiff and the defendant, and the potential harm suffered by the plaintiff in the light of its market share.

131 Introducing this criterion does not completely dispose of the possibility that several markets may be affected at the same time, on which the plaintiff and the defendant are present in equal measure. In that case, the plaintiff could be allowed the choice of suing in either of the markets concerned. It would be for the chosen court to apply by distribution the laws of the various markets concerned, in order to ascertain that the contested act is indeed a breach of competition rules in each of the markets concerned.

132 Finally, if the proposed criterion cannot be applied because the plaintiff is not yet present in the market, but had simply intended to sell a product on it in future (which would be the case with a counterfeit product not yet marketed), the victim could always sue at the place of the defendant's habitual residence (natural person) or at the place of the principal place of business or head office of the defendant (legal person).

[158] *Cf. infra* No 133.

J *Jurisdiction of the defendant's habitual residence*

133 Some readers will probably be surprised that we accord such belated recognition to the jurisdiction of the court of the defendant's habitual residence. There are several reasons for this: (1) this jurisdiction is unquestionable, and unquestioned even if common law systems do not have this jurisdiction as such but do not reject it as an indirect jurisdiction, because it is considered reasonable; (2) it is a "general" jurisdiction, in the sense that all actions, of whatever kind and without limit, can be brought before this court; (3) in practice, it is a residual jurisdiction, as the plaintiff will always hesitate to take up the legal cudgels on the defendant's grounds. The place to be assigned to it in the future Convention should not involve significant legal or practical consequences. In this sense, it is a didactic approach.

K *Other jurisdiction under domestic law*

134 Depending on whether it is decided to make the new Convention a strict double convention or a mixed convention, this heading will be either irrelevant or necessary. If there is a strict double convention, Contracting States will no longer be able to authorise their courts to exercise jurisdiction otherwise than as provided by the Convention. On the other hand, if it is to be a mixed convention, it will be necessary to include a provision to govern the freedom of the courts. There will of course be an impact on judgments rendered under these forms of jurisdiction.

Section 3 – Exorbitant and excluded bases of jurisdiction[159]

135 For the Convention to be both attractive and useful to litigants, it must include a list of exorbitant forms of jurisdiction the use of which is prohibited under the Convention. Indeed, if we have a double convention, this list exists only for pedagogical reasons. It is then a narrative norm since all jurisdictional grounds not authorised by the Convention are automatically excluded. On the contrary, if we have a mixed convention, the list of excluded jurisdictional grounds is essential and truly normative.

1 *Methodology*

136 In compiling this list, some guidance might be found in the method adopted by the Brussels and Lugano Conventions. This method is a two-stage one: (1) each State represented at the Diplomatic Session which adopts the text of the Convention will declare which forms of exorbitant jurisdiction in its national rules it intends to discard for the purpose of the Convention. At an early stage during the negotiations preceding the Diplomatic Session, States will be invited to make known the list of grounds of jurisdiction which they wish to have included in this Convention clause. This list will be particularly necessary for all States whose position on this question is not yet known, unlike the States Parties to the Brussels

[159] The list of exorbitant grounds of jurisdiction might conceivably appear only in the part of the Convention dealing with the effects of foreign judgments, thus being prepared only for the court addressed (*cf.* suggestion by the Permanent Bureau in "Annotated Checklist of Issues to be Discussed at the Meeting of the Special Commission on Jurisdiction and Enforcement of Judgments", Prel. Doc. No 1 of May 1994 for the attention of the Special Commission of June 1994, available at <www.hcch.net>). However, we think it is preferable to place it in the first part of the Convention, dealing with direct international jurisdiction; as we have said above, this would increase the degree of predictability for the litigant, who must know, as soon as he starts proceedings on the merits in the country of origin, whether or not he is before a competent court, thus enabling him from the start to avoid seising a court which does not have international jurisdiction.

Bruxelles et de Lugano dont on connaît d'ores et déjà la liste. Il paraît clair que plus cette liste sera précise et complète, plus la Convention sera attractive pour les justiciables. Toutefois, contrairement aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, la liste serait établie en termes abstraits et non en citant expressément les règles nationales; (2) la liste ne doit pas être considérée comme exhaustive et fermée. C'est pourquoi, la rédaction de la disposition qui inclura cette liste doit comporter le terme « notamment » de manière à permettre à tout justiciable, confronté au moment de la mise en œuvre de la Convention à ce qu'il considère comme étant une compétence exorbitante, de tenter de la faire reconnaître comme telle par le juge. La question qui se pose alors est de savoir si la Convention doit comporter une définition générale de ce qu'il convient de comprendre comme compétence exorbitante afin de donner un guide au juge confronté à une telle demande d'un justiciable.

137 Une autre méthode, qui n'est pas forcément exclusive de la première, pourrait consister à donner une définition générale complétée par des exemples de compétences exorbitantes. Il reviendrait alors à chaque partie de soulever la question du caractère exorbitant de la compétence qui lui est opposée, au cas par cas, et au juge, pour statuer, de s'inspirer des exemples donnés par la Convention pour décider si une disposition de son droit correspond effectivement à la nature de ce qui est expliqué dans la Convention. Ce dernier système a le mérite de ne pas obliger les États à procéder par déclaration, ce qui pourrait éventuellement dissuader certains d'accéder à la Convention. Toutefois, il présente un inconvénient majeur, celui de rendre moins certaine, pour le justiciable, l'issue de la question et de compliquer en temps et en effort le procès international.

2 *Définition de la notion de « compétence exorbitante »*

138 On nous permettra de suggérer ici une des définitions possibles de la compétence exorbitante: une compétence est exorbitante lorsque le tribunal saisi ne possède pas un lien suffisant avec les parties au litige, les circonstances de l'espèce, la cause ou l'objet de l'action ou ne prenant pas en considération le principe d'une bonne administration de la justice. Est exorbitante une compétence uniquement destinée à poursuivre des intérêts politiques sans prendre en considération les intérêts des parties au litige.

3 *Exemples de chefs exorbitants de compétence*[160]

139 La synthèse des conclusions du Groupe de travail et de la Commission spéciale de juin 1994 permet de dresser la liste des chefs de compétence suivants[161]:

– simple présence d'un bien du défendeur pour justifier une compétence générale, mais aucun accord n'a pu être atteint sur les actions qui pourraient être autorisées à titre d'exception (par ex. No 4 *a)* du Protocole additionnel à la Convention de 1971);

– nationalité d'une partie;

– domicile / résidence habituelle du demandeur sauf les cas prévus par la Convention;

– « *doing business* », ou « entreprendre des activités commerciales » comme chef de compétence générale (par ex. No 4 *d)* du Protocole additionnel à la Convention de 1971), sans qu'un consensus n'ait pu s'établir sur ce point;

– délivrance de l'assignation, citation ou autre acte introductif d'instance au cours d'un séjour temporaire du défendeur (No 4 *e)* du Protocole additionnel à la Convention de 1971), sans qu'un accord n'ait pu être trouvé sur ce point sur d'éventuelles exceptions[162];

– désignation unilatérale du tribunal par le demandeur (par ex. sur une facture), sans qu'il y ait eu « accord exprès » du défendeur.

140 À cette liste pourraient être ajoutés les chefs de compétence suivants:

– la seule présence d'un produit manufacturé par le défendeur et ayant causé un dommage, sans qu'il ait pu prévoir que ce produit se trouverait sur ce territoire;

– le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire pour statuer sur l'action au fond;

– l'exequatur ou l'enregistrement d'un jugement pour statuer sur des demandes additionnelles ou complémentaires.

Section 4 – Compétences complexes

141 On doit s'interroger sur l'utilité et la faisabilité d'inclure, dans une convention à vocation mondiale, des dispositions concernant la pluralité de défendeurs, les demandes reconventionnelles, les appels en garantie ou les demandes d'interventions. Le Groupe de travail a conclu que de telles dispositions sont « incompatibles » dans le cadre élargi de la future Convention[163], alors que la Commission spéciale de juin 1994 les a envisagées même si certains experts « ont fait valoir que ces chefs de compétence [...] pourraient créer des difficultés à l'échelon mondial »[164].

1 *Pluralité de défendeurs*

142 Si nous suivons l'inspiration générale qui a été la nôtre depuis le début de ce rapport, c'est-à-dire que la Convention doit faciliter une bonne administration de la justice, une disposition concernant la pluralité de défendeurs devrait être insérée dans la Convention. Mais nous reconnaissons volontiers que cette compétence pose des difficultés particulières lorsqu'elle est mise en œuvre au plan mondial du fait de l'éloignement accru des défendeurs potentiels par rapport à la juridiction compétente. C'est pourquoi il serait possible d'assortir cette compétence de plusieurs conditions: (1) elle pourrait être mise en œuvre seulement si les demandes à l'encontre des défendeurs multiples reposent sur le même objet et, pour éviter la notion de « cause » qui est particulière à certains systèmes juridiques, qu'elle est issue des mêmes faits. Ce serait donc une appréciation très concrète qui serait demandée au juge. (2) On pourrait limiter le for de la pluralité de défendeurs à la résidence habituelle de l'un de ces défendeurs pour exclure tous les fors

[160] Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a déjà précisé qu'il existe une liste de chefs de compétence exorbitants à l'art. 4 du Protocole additionnel à la Convention Exécution de 1971 et que cette liste « fait internationalement autorité en tant que codification des motifs de compétence qui ne sont *pas* acceptables internationalement », Doc. prél. No 17 de mai 1992 (*op. cit.* note 8), p. 232. Elle a servi de base aux travaux du Groupe de travail dont il est fait état dans les développements qui suivent.

[161] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), Nos 24 à 30 inclus.

[162] On sait en effet que la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a ravivé cette compétence dans l'affaire *Burnham c. Superior Court* 110 S.Ct. 2105 (1990) mais qui est une affaire purement interne. Toutefois, certains auteurs (cf. par exemple G. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3e éd., La Haye / Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 76 et 77) semblent penser qu'à la suite de *Burnham*, la compétence personnelle fondée sur la délivrance de l'assignation serait considérée comme admissible même dans un contexte international, mais les décisions des juridictions du fond actuellement connues et qui vont dans cette direction concernent toutes des circonstances exceptionnelles.

[163] Cf. Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 258.

[164] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 18.

and Lugano Conventions, whose lists are already familiar. It seems evident that the more accurate and complete the list is, the more attractive the Convention will be for litigants. However, by contrast with the Brussels and Lugano Conventions, the list would be drawn up in abstract terms, not expressly quoting national rules; (2) the list must not be regarded as an exhaustive and closed affair. Hence the text of the clause comprising the list must include the phrase "for instance", thus enabling all litigants, when facing what they regard as an exorbitant form of jurisdiction when the Convention falls to be implemented, to seek to have it recognised by the court as such. The question then arising is whether the Convention should include a general definition of what is to be understood as an exorbitant form of jurisdiction, in order to provide some guidance for a court facing such a request from a litigant.

137 Another method, which does not necessarily exclude the first, would consist of offering a general definition, supplemented by examples of exorbitant forms of jurisdiction. It would then be for each party to raise the issue of the exorbitant nature of the jurisdiction relied on against him, on a case-by-case basis, and for the court in making its decision to draw upon the examples given in the Convention in order to determine whether a provision in its law actually matches what is set out in the Convention. This latter system has the advantage that it does not compel States to proceed by means of declarations, a procedure which might well deter some of them from acceding to the Convention. However, it has one major drawback, namely that the outcome of the issue is less certain for the litigant, and that international proceedings will absorb more time and effort.

2 *Definition of the concept of "exorbitant jurisdiction"*

138 We venture to suggest here one possible definition of exorbitant jurisdiction: jurisdiction is exorbitant when the court seised does not possess a sufficient connection with the parties to the case, the circumstances of the case, the cause or subject of the action, or fails to take account of the principle of the proper administration of justice. An exorbitant form of jurisdiction is one which is solely intended to promote political interests, without taking into consideration the interests of the parties to the dispute.

3 *Examples of exorbitant grounds of jurisdiction*[160]

139 By summarising the conclusions of the Working Group and the Special Commission of June 1994, we can compile a list of the following grounds of jurisdiction:[161]

– the mere presence of property belonging to the defendant to justify general jurisdiction, but no agreement has been reached as to which actions can be authorised by way of exception (*e.g.*, Art. 4 *a)* of the Supplementary Protocol to the 1971 Convention);

– the nationality of one of the parties;

– the domicile / habitual residence of the plaintiff, except in the cases specified in the Convention;

– "doing business" or "*entreprendre des activités commerciales*" as a general ground of jurisdiction (*e.g.*, Art. 4 *d)* of the Supplementary Protocol to the 1971 Convention), although there has been no consensus on this point;

– the service of a writ, a summons or other document instituting proceedings during a temporary stay by the defendant (Art. 4 *e)* of the Supplementary Protocol to the 1971 Convention), although no agreement has been found on exceptions under this heading;[162]

– unilateral designation of the court by the plaintiff (for example, on an invoice), without any consent by the defendant.

140 The following grounds of jurisdiction could be added to this list:

– the mere presence of a product manufactured by the defendant which has caused damage on another territory, although he could not anticipate that this product would be found on this particular territory;

– the rendering of a provisional or protective measure in order to adjudicate on the merits;

– the enforcement or registration of a judgment in order to adjudicate on additional or supplementary claims.

Section 4 – Complex jurisdiction

141 One must ponder the value and the feasibility of including, in a worldwide convention, provisions on a plurality of defendants, counter-claims, or warranty proceedings or applications to intervene. The Working Group concluded that these provisions are "incompatible" in the expanded framework of the future Convention[163] although the Special Commission of June 1994 contemplated them, with some experts arguing, however, that these grounds of jurisdiction "might create difficulties on a worldwide scale".[164]

1 *Plurality of defendants*

142 If we pursue in the line of thought followed since the beginning of this report, *i.e.*, that the Convention must facilitate the sound administration of justice, a clause could be included concerning a plurality of defendants. But we readily admit that this form of jurisdiction poses special problems when implemented at a worldwide level, because of the increased distance existing between potential defendants and the competent court. This is why certain conditions could be set for this form of jurisdiction: (1) It could be operated only if claims against multiple defendants are based on the same subject matter and, to avoid the notion of "cause" peculiar to some legal systems, if it arises from the same facts. The court would therefore be required to make a very concrete appraisal. (2) The forum of the plurality of defendants could be limited to the habitual residence of one of them, thus excluding

[160] The Permanent Bureau of the Hague Conference has already explained that there is a list of exorbitant grounds of jurisdiction in Art. 4 of the Supplementary Protocol to the 1971 Enforcement Convention, and that this list "has acquired international authority as a codification of internationally *un*acceptable grounds of jurisdiction", Prel. Doc. No 17 of May 1992 (*op. cit.* note 8), p. 233. This was used as a basis for the work of the Working Group, which is discussed below.

[161] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261 and Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), Nos 24-30 inclusive.

[162] As we know, the Supreme Court of the United States of America revived this form of jurisdiction in the case of *Burnham v. Superior Court* 110 S. Ct. 2105 (1990), but this is a purely domestic case. However, some writers (*cf.* for instance, G. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3rd ed., The Hague / Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 76 and 77) seem to think that, following *Burnham*, personal jurisdiction based on the service of the writ would be regarded as admissible even in an international context, but the decisions of courts on the merits such as they are known at present all concern exceptional circumstances.

[163] *Cf.* Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 259.

[164] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 18.

spécifiques. Toutefois, une telle exclusion irait peut-être à l'encontre de l'idée de protection pour les catégories de justiciables pour lesquels des règles de compétence de protection auraient été choisies. On peut donc se demander s'il n'est pas souhaitable d'ouvrir la pluralité de défendeurs dans tous les cas de compétences prévus par la Convention, y compris les cas de compétence exclusive. (3) La fraude serait réservée par le principe général proposé[165]. (4) Un demandeur lié au défendeur par une clause d'élection de for valide ne pourrait attraire ce défendeur devant un autre tribunal même au titre de la pluralité de défendeurs[166]. (5) Pour être autorisé à attraire les défendeurs devant le tribunal choisi, le demandeur devrait démontrer que, dans le cas contraire, le jugement éventuellement obtenu resterait lettre morte. (6) Finalement, la pluralité de défendeurs pourrait être laissée à l'appréciation du juge saisi sans en faire une règle obligatoire ; chacun des éléments énumérés ci-dessus ne seraient que des guides à la disposition du juge saisi.

2 *Demandes reconventionnelles*

143 Il convient d'autoriser le juge saisi d'une demande principale d'étudier toute demande reconventionnelle qui serait présentée par le défendeur. Là encore, il convient de se demander si des conditions restrictives doivent assortir cette compétence. On pourrait penser, par exemple, que seule serait admise une demande reconventionnelle portant sur les mêmes faits que la demande principale, ainsi que la Commission spéciale de juin 1994 l'a proposé[167].

3 *Appel en garantie ou en intervention*[168]

144 Il va d'une bonne administration de la justice qu'une partie puisse appeler en garantie un tiers au procès de manière à ce que l'intégralité de toutes les questions liées à des circonstances factuelles identiques puissent être jugées ensemble. On doit cependant reconnaître que ce for de la garantie n'est pas admis par tous les systèmes juridiques. Si la décision est prise de l'inclure dans la future Convention, les circonstances permettant sa mise en œuvre devront être discutées et éventuellement précisées.

4 *Compétences complexes et fraude*

145 Il conviendra vraisemblablement de bien préciser que toutes les compétences complexes sont inapplicables lorsqu'il est démontré que leur utilisation par une partie ou un tiers résulte d'une fraude ou a pour objectif une fraude. Il serait, nous semble-t-il, particulièrement maladroit de réserver la fraude seulement pour certaines dispositions. Le principe *fraus omnia corrumpit* doit rester un principe général du droit qui transcende toutes les dispositions de la Convention qui pourraient éventuellement faire naître une situation de fraude. Il en va ainsi, notamment, lorsqu'une cession d'action ou de contrat, ou une subrogation est intervenue uniquement dans le but de créer un rattachement de compétence inexistant auparavant.

5 *Compétences complexes et clause d'élection de for*

146 Il conviendra également de se prononcer sur la hiérarchie devant s'instaurer entre les règles de compétence complexe et l'existence d'une clause de prorogation de juridiction liant l'une des parties au litige à un tiers. Deux intérêts nettement opposés doivent être pris en considération : l'intérêt d'une bonne administration de la justice qui dicterait de faire primer les compétences complexes sur le jeu de la clause de juridiction ; l'intérêt de la prévisibilité pour les parties de la compétence du tribunal qui tendrait à faire primer le jeu de la clause de prorogation de juridiction sur les compétences complexes. En faveur de la première hypothèse, on doit reconnaître que, la plupart du temps, un tiers sera en cause du fait même que l'on se pose la question de la mise en œuvre d'une compétence complexe. Or, le jeu d'une clause de prorogation de juridiction concerne exclusivement les parties à cette clause et ne peut, en aucun cas, être étendu à des tiers.

Section 5 – Compétences concurrentes

147 Quelle que soit la nature de la future Convention (double ou mixte), il existera toujours des compétences concurrentes notamment si un grand nombre de compétences spéciales et certaines compétences complexes sont prévues. Si la Convention est une convention mixte, les cas de compétences concurrentes seront encore plus nombreux[169]. Il est donc indispensable de prévoir une disposition pour régler cette question[170] afin d'empêcher une multiplicité de procédures totalement ou en partie répétitives, et que des décisions inconciliables soient rendues.

148 Une première méthode pourrait consister à privilégier le tribunal premier saisi[171]. Toutefois, comme l'ont souligné certains experts au cours des débats de la Commission spéciale de juin 1996, cette méthode n'est pas satisfaisante, car elle incite les parties à un litige à se précipiter devant l'un des tribunaux compétents et à délaisser les préalables de conciliation ou de règlement amiable uniquement pour prendre position le plus rapidement possible pour la compétence. De surcroît, cette méthode accentue encore l'avantage que représente la qualité de demandeur dans le procès.

149 Une deuxième méthode pourrait consister à laisser les deux procédures poursuivre leur cours et attendre que le premier jugement soit rendu afin d'en plaider l'autorité de chose jugée dans la procédure non encore terminée. Cette méthode présente l'avantage de ne pas obliger le juge à statuer sur la compétence mais de se prononcer au vu d'un jugement. L'inconvénient est de favoriser la « course au jugement » au détriment, peut-être, d'une justice sereine.

150 En revanche, une autre méthode pourrait être suggérée qui privilégie le dialogue entre les deux ou multiples juridictions saisies. Ce dialogue devrait permettre aux chefs de ces juridictions ou à leurs délégués de voir ensemble quelle juridiction est la mieux placée pour statuer. Bien entendu, les parties auront été appelées à se prononcer sur cette question de manière à ce que la décision à prendre le soit au vu des observations des parties. Cette décision devra être prise dans un délai relativement bref de manière à ne pas allonger indûment la durée de la procédure. Certes, nous avons conscience que cette méthode est plus lourde et délicate à mettre en œuvre, que la règle *a priori* plus simple et automatique du « tribunal premier saisi ». Toutefois, l'on sait aussi que les différences que connaissent les systèmes judiciaires dans la notion de « saisine du tribunal » engendrent souvent la difficulté de définir exactement ce qu'il convient d'entendre par « tribunal premier saisi ». La méthode alternative proposée a le mérite de ne pas faire naître ce problème tout en laissant intacts les droits processuels des États parties à la Convention.

[165] Cf. *infra* No 145.
[166] Cf. *infra* No 146.
[167] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 18.
[168] Ce point n'a pas été évoqué par la Commission spéciale de juin 1994.
[169] Cf. Doc. prél. No 17 de mai 1992 (*op. cit.* note 8), p. 234, No 15.
[170] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260, de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 31 et de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 11.
[171] C'est ce que font les Conventions de Bruxelles et de Lugano par l'art. 21 avec toute la difficulté de définir la notion de « saisine » du tribunal.

all specific fora. However, such an exclusion would perhaps run counter to the idea of protecting the categories of litigants for whom protective rules of jurisdiction have been devised. One may therefore consider the desirability of making room for a plurality of defendants in all the cases of jurisdiction contemplated in the Convention, including cases of exclusive jurisdiction. (3) Fraud would be reserved under the general principle proposed.[165] (4) A plaintiff who is linked to a defendant by a valid choice of court clause could not sue that defendant before another court, even by virtue of a plurality of defendants.[166] (5) In order to be permitted to sue defendants before the chosen court, the plaintiff would have to show that, otherwise, the judgment obtained would remain a dead letter. (6) Finally, the plurality of defendants could be left to the discretion of the court addressed, without making it a binding rule, in which case each of the factors listed above would serve only as guidance to the court seised.

2 *Counter-claims*

143 The court seised of a principal claim must be authorised to consider any counter-claim submitted by the defendant. Here again, one must ask whether this form of jurisdiction should be accompanied by restrictive conditions. At all events, it may be felt, for example, that the only kind of counter-claim admitted should be one relating to the same facts as the principal claim, as proposed by the Special Commission in June 1994.[167]

3 *Action on a warranty or guarantee or in any other third party proceedings*[168]

144 It is in the interest of a proper administration of justice that a party should be able to take warranty or guarantee proceedings involving a third party, so that all the issues connected with the same facts can be adjudicated together. We realise, however, that this ground of jurisdiction is not admitted by all legal orders. If a decision is taken to include this ground in the future Convention, the circumstances which allow its application must be discussed and, probably, defined.

4 *Complex jurisdiction and fraud*

145 It will probably be necessary to specify that all complex forms of jurisdiction are inapplicable when it is shown that their use by a party or a third party is the result of fraud or is intended to defraud. It would seem particularly unfortunate to reserve fraud to certain clauses only. The principle *fraus omnia corrumpit* must remain a general principle of law, transcending all the provisions of the Convention which might give rise to a situation of fraud. This is the case, notably, when a transfer of action or of contract, or a subrogation occurred only with the aim to create a link for jurisdiction which did not exist before.

5 *Complex jurisdiction and choice of court*

146 A decision must also be taken on the hierarchy to be established between the rules of complex jurisdiction and the existence of a choice of court clause binding one of the parties to a case to a third party. Two clearly opposing interests must be taken into consideration: the interest in a proper administration of justice, which would call for complex forms of jurisdiction to be given priority over the working of the jurisdictional clause, and the interest in the parties being able to predict the jurisdiction of the court, which would tend to give priority to the extended jurisdiction clause over the complex forms of jurisdiction. In favour of the former, it has to be admitted that most of the time, a third party will be involved for the very reason that the question of implementing a complex jurisdiction has arisen. But the working of a choice of court clause only concerns the parties to that clause; in no case can it be extended to third parties.

Section 5 – Concurrent jurisdiction

147 Whatever the nature of the future Convention (double or mixed), there will always be concurrent jurisdictions, especially if a large number of special jurisdictions and some complex jurisdictions are contemplated. If the Convention is a mixed convention, the instances of concurrent jurisdiction will be even more frequent.[169] It is therefore essential to include a clause to govern this issue[170] so as to avoid a multiplicity of proceedings totally or partially repetitive, and to avoid that irreconcilable decisions be rendered.

148 One method might be to give priority to the first court seised.[171] However, as some experts pointed out during the debates in the Special Commission of June 1996, this method is not satisfactory, as it encourages the parties to a dispute to hurry to one of the competent courts, ignoring the preliminary steps of conciliation or friendly settlement solely in order to take a stance as quickly as possible on jurisdiction. Moreover, this method further emphasises the advantage of being the plaintiff in the suit.

149 A second method might be to allow the two proceedings to run their course and wait for the first judgment to be rendered so that it be pleaded as *res judicata* in the still-pending proceeding. This method presents the advantage not to oblige the judge to decide on the jurisdiction but upon the judgment. The inconvenience is to favour the "rush to the judgment" at the detriment, perhaps, of a calm dispensation of justice.

150 On the other hand, another method might be suggested, favouring dialogue between the two or more courts addressed. This dialogue should enable the judges in these courts, or their deputies, to consider together which court is best placed to adjudicate. Of course, the parties will have been asked to give their views on the question, so that the decision takes these into account. This decision should be taken within a relatively brief time, so as not to drag out the proceedings unduly. Of course, we are aware that this method is more cumbersome and awkward to operate than the simpler, automatic *a priori* method of the "court first seised". However, we are also aware that the differences among legal systems regarding the concept of "seisin" (a court being seised of a case) often give rise to difficulty in defining exactly what is meant by the "court first seised". The alternative method proposed has the merit that it does not give rise to this problem, while leaving intact the procedural rights of States Parties to the Convention.

[165] *Cf. infra* No 145.
[166] *Cf. infra* No 146.
[167] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 18.
[168] This point was not mentioned by the Special Commission in June 1994.

[169] *Cf.* Prel. Doc. No 17 of May 1992 (*op. cit.* note 8), p. 235, No 15.
[170] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261, of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 31, and of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 11.
[171] This is done in the Brussels and Lugano Conventions, in Art. 21, with all the difficulties inherent to the definition of the notion of the "seisin" of the court.

Section 6 – Convention « double » ou Convention « mixte » ?

151 Comme nous l'avons dit ci-dessus[172], le Groupe de travail avait émis une préférence pour que la future Convention prenne la nature d'une Convention mixte, c'est-à-dire qu'elle comporte à la fois des chefs de compétence autorisés qui entraîneraient une reconnaissance et une exécution du jugement facilitées au titre de la Convention ; une liste de compétences exorbitantes et interdites qui entraîneraient la non-reconnaissance ou exécution au titre de la Convention ; enfin, la possibilité pour le tribunal d'origine de se déclarer compétent en vertu d'autres règles connues par son droit national et non prévues par la Convention dans la liste des compétences autorisées, ce qui entraînerait comme conséquence du point de vue de la reconnaissance et de l'exécution du jugement à intervenir une liberté de la part du tribunal requis de donner effet ou non à ce jugement.

152 Lorsque la discussion sur ce point a été abordée au cours de la Commission spéciale de juin 1994, un nombre relativement élevé d'experts ont exprimé leur préférence pour une négociation *a priori* d'une Convention double permettant de tenter d'atteindre l'objectif le plus ambitieux, c'est-à-dire de supprimer le plus grand nombre possible de compétences exorbitantes et de préciser dans le plus grand nombre de cas possibles les compétences autorisées en vertu de la Convention et ce, de manière à clarifier dans le plus grand nombre de cas possibles la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux.

153 Ces mêmes experts ont craint que de commencer la négociation de la future Convention avec l'idée que celle-ci revêtirait la nature d'une Convention « mixte », pourrait entraîner un défaut trop important de volonté de compromis de la part de certaines délégations par rapport à l'objectif général de la négociation.

154 C'est pourquoi les Conclusions de la Commission spéciale de 1994 ont montré la nette tendance de repousser la possibilité de négocier une convention mixte et de préconiser l'élaboration d'une convention double stricte[173].

155 Cette question n'a pas été abordée à nouveau en tant que telle dans le cadre des discussions de la Commission spéciale de juin 1996.

156 Dans le cadre de l'ouverture des négociations à partir des travaux de la Commission spéciale qui se réunira en juin 1997, il convient de préciser que l'objectif maximal (convention double stricte) devrait demeurer en filigrane de l'agenda des travaux, afin de ne pas édulcorer la volonté de compromis des délégations et d'obtenir en fin de négociations l'adoption d'un texte qui permettra aux justiciables la plus grande prévisibilité possible.

CHAPITRE III – EFFETS DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES[174]

157 Les effets à donner sur le territoire d'un État à une décision rendue par une juridiction relevant d'un autre État doivent vraisemblablement recevoir un traitement différent selon que l'on se situe dans le cadre d'une convention double stricte ou dans le cadre d'une convention mixte. Après avoir brièvement donné quelques éclaircissements sur la notion de « décision » (section 1), nous proposerons d'aborder l'étendue des effets à donner au jugement étranger (section 2) pour terminer sur le contrôle de ce jugement par le juge requis (section 3) et quelques questions de procédure (section 4).

Section 1 – Généralités

1 *Conséquences d'une Convention double stricte ou mixte*

158 Selon que le choix aura été fait dans la première partie de la Convention de laisser aux États parties une marge de manœuvre pour appliquer des règles de compétence autres que celles prévues par la Convention, les jugements qui en seront issus ne devraient pas pouvoir bénéficier des conditions de reconnaissance et d'exécution prévues par la Convention. Les États devraient savoir qu'en laissant leurs juges utiliser des compétences non prévues à la Convention, bien que non interdites, ils prennent le risque de voir ces jugements continuer à suivre une procédure de droit commun dans les États tiers, y compris les États également Parties à la future Convention.

159 En revanche, si l'on décide que la Convention doit être de nature double stricte, tous les jugements issus des États parties à la Convention doivent bénéficier des dispositions du chapitre II de la Convention concernant les effets des jugements étrangers, à condition qu'ils n'aient pas utilisé l'une des compétences interdites.

2 *Définition de la notion de « décision étrangère »*

160 La future Convention devrait comporter une définition de la notion de « décision étrangère ». En revanche, la question reste posée de savoir si elle doit couvrir les actes authentiques (comme défini à l'art. 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano). Le Groupe de travail a considéré que cette question devait être étudiée dans le cadre de la future Convention[175]. Toutefois, aucune mention n'a été faite pour les transactions judiciaires qui méritent également l'attention et pourraient fort utilement être incluses.

A *Décision étrangère*

161 Il convient d'abord de préciser que la décision doit avoir été rendue dans un autre État contractant laissant ainsi intact le droit interne de chaque État en ce qui concerne les décisions en provenance d'États non contractants. Si parfois et dans d'autres cadres[176], il a pu être proposé de faire aussi une place à des décisions d'États non contractants, il ne semble pas que les intérêts en présence dans le cadre de la future Convention soient tels qu'ils justifient une telle démarche.

162 Quant à la notion de « décision », elle est entendue au sens générique du terme pour couvrir toutes les décisions, portant sur une matière incluse dans la Convention, rendues par une juridiction de quelque nature qu'elle soit[177] et quelle que soit la dénomination que le droit de l'État d'origine donne à cette décision (arrêt, jugement, ordonnance, etc.). On doit également y inclure les injonctions qui assortissent souvent les décisions au fond, sauf celles qui n'ont trait qu'à la compétence ou la saisine d'un tribunal étranger telles les

[172] Cf. *supra* No 18.
[173] *Op. cit.* note 32, No 6.
[174] Sur ce point, les Conclusions du Groupe de travail sont très succinctes et ne paraissent pas avoir pris toute la mesure de la différence existant entre le cadre restreint des Conventions de Bruxelles et de Lugano et la Convention en préparation, cf. Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 262. En revanche, la Commission spéciale de juin 1996 a beaucoup travaillé sur ces questions. Ses conclusions seront donc mentionnées au fur et à mesure des développements.

[175] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 262.
[176] Les débats au cours de la Dix-huitième session ont montré que des intérêts supérieurs, tels ceux de l'enfant, pouvaient éventuellement rendre nécessaire de reconnaître des décisions d'États non contractants, dans le cadre de la Convention. Toutefois, cette solution n'a finalement pas été admise (cf. *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*). En tout état de cause de tels intérêts supérieurs n'existent pas ici.
[177] C'est ainsi qu'une décision prononçant une condamnation de nature civile mais émanant d'une juridiction pénale doit être exécutée en vertu de la Convention.

Section 6 – "Double" or "mixed" Convention?

151 As indicated above,[172] the Working Group expressed a preference for the future Convention being a mixed Convention, *i.e.*, including at the same time permitted grounds of jurisdiction which would facilitate recognition and enforcement of the judgment by virtue of the Convention; a list of exorbitant and prohibited grounds of jurisdiction which would result in non-recognition or enforcement under the Convention; finally, the possibility for the court of origin to accept jurisdiction under other rules of its national law not included in the treaty's list of authorised forms of jurisdiction, which, from the viewpoint of the recognition and enforcement of the judgment, would leave the court addressed free to give or refuse to give effect to this judgment.

152 When this point was discussed during the Special Commission of June 1994, a relatively large number of experts expressed their preference for negotiating *a priori* a double Convention which would allow for the attempt to achieve the most ambitious objective, *i.e.*, abolishing the largest possible number of exorbitant forms of jurisdiction, and specifying in as many cases as possible which kinds of jurisdiction are authorised under the Convention, so as to clarify in as many instances as possible the international jurisdiction of the courts.

153 These same experts were afraid that were negotiations for the future Convention to start with the idea that it would be a "mixed" Convention, there might be too little desire to compromise on the part of some delegations when it came to the overall objective of the negotiations.

154 This is why the Conclusions of the Special Commission of 1994 showed a clear tendency to reject the possibility of negotiating a mixed convention, calling instead for a strict double convention.[173]

155 This question was not tackled afresh as such during the discussions in the Special Commission of June 1996.

156 In the context of the start of negotiations based on the work of the Special Commission due to meet in June 1997, it is important to spell out that the maximum goal (a strict double convention) could continue to underlie the programme of work, in order not to sap the will for compromise on the part of delegations, and to secure at the outcome of the negotiations the adoption of a text which will give litigants the greatest possible degree of predictability.

CHAPTER III – EFFECTS OF FOREIGN DECISIONS[174]

157 The effects to be given on the territory of one State to a decision rendered by a court in another State will probably have to be treated differently, depending on whether the context is that of a strict double convention or a mixed convention. After commenting briefly on the concept of a "decision" (section 1), we now turn to the extent of the effects to be given to the foreign judgment (section 2), ending with the verification of the judgment by the court addressed (section 3) and some procedural issues (section 4).

Section 1 – Generalities

1 *Consequences of a strict double or mixed Convention*

158 If it is decided in the first part of the Convention to leave States Parties some room for manoeuvre in applying rules of jurisdiction other than those contemplated in the Convention, the resulting judgments should not enjoy the benefit of the conditions of recognition and enforcement set out in the Convention. States should know that if they let their courts use forms of jurisdiction not covered in the Convention, even though these are not prohibited, they run the risk that these judgments may continue to follow an ordinary law procedure in third States, including States which are also Parties to the future Convention.

159 On the other hand, if it is decided that the Convention is to be a strict double instrument, all judgments from States Parties to the Convention must enjoy the benefit of the provisions in Chapter II of the Convention concerning the effects of foreign judgments, provided they have not used one of the prohibited forms of jurisdiction.

2 *Definition of the concept of "foreign decision"*

160 The future Convention should include a definition of the concept of a "foreign decision". On the other hand, the question remains whether this should cover authentic instruments (as defined in Art. 50 of the Brussels and Lugano Conventions). The Working Group took the view that this question ought to be studied in the context of the future Convention.[175] However, there was no mention of judicial settlements, which also deserve attention and could usefully be included.

A *Foreign decision*

161 It must first be explained that the decision must have been rendered in another Contracting State, thus leaving intact the internal law of each State as regards decisions from non-Contracting States. Although sometimes, in other settings,[176] it has been proposed that room should also be made for decisions from non-Contracting States, the interests involved in the framework of the future Convention do not seem to be such as to warrant this approach.

162 As for the concept of "decision", this is understood in the generic sense of the term, to cover all decisions bearing on subjects covered by the Convention, which are handed down by a court of any kind,[177] and however the decision is called under the law of the State of origin (judgment, ruling, order, etc.). Injunctions, which often accompany decisions on the merits, should also be included, except those relating only to the jurisdiction or seisin of a foreign court, such as

[172] *Supra* No 18.
[173] *Op. cit.* note 32, No 6.
[174] On this point, the Conclusions of the Working Group are very succinct; they do not seem to reflect the whole of the difference between the restricted framework of the Brussels and Lugano Conventions, and the Convention now in preparation, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 11), p. 263. On the other hand, the Special Commission of June 1996 did a great deal of work on these questions. Its conclusions will be referred to in what follows.
[175] Concusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 263.
[176] The debates during the Eighteenth Session showed that superior interests, such as the interest of the child, might ultimately make it necessary to recognise the decisions of non-Contracting States under the Convention. However, this solution was not admitted in the end (*cf. Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*). In any case, such overriding interests are not involved here.
[177] Thus a decision making an award in a civil case, but which emanates from a criminal court, must be enforced under the Convention.

«*anti-suit injunctions*»[178], pour les raisons invoquées ci-dessus[179]. Les experts devront s'interroger sur l'inclusion des décisions prises en matière de preuve qui posent des difficultés particulières notamment en vue de l'application de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.*

B *Actes authentiques*

163 L'inclusion des actes authentiques dans la future Convention pourrait s'inspirer de ce qui a été fait dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano[180].

164 À cet égard, on doit noter que de nombreux États connaissent les actes authentiques dans leur système juridique. Leur force exécutoire peut varier d'un État à l'autre mais, comme pour les décisions judiciaires, nous pensons qu'il convient de donner à l'acte authentique la même force exécutoire que celle qu'il a dans l'État d'origine. Dans cette mesure, il ne devrait pas y avoir de difficulté pour donner effet à des actes authentiques dans l'ensemble des territoires des États contractants, même sur le territoire d'États contractants qui ignorent cette pratique. Toutefois, pour ces derniers, il convient de prévoir une disposition spéciale qui leur permettrait de ne pas donner effet à un acte authentique étranger si leur système juridique ne permet pas de recevoir un tel acte qui est incompatible avec les dispositions de leur droit interne. Cette disposition viendrait compléter la disposition de contrariété à l'ordre public que l'on trouve déjà dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En effet, cette contrariété à l'ordre public a trait à la substance de l'acte authentique plus qu'à son insertion, procéduralement parlant, dans le système juridique de l'État requis. Par ailleurs, la Convention devrait prévoir comme condition de la reconnaissance et de l'exécution d'un acte authentique que celui-ci réunisse les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État d'origine.

165 Enfin, toutes les dispositions ayant trait aux questions de charge de la preuve, document à produire lors de l'exécution, légalisation ou autres formalités rendues éventuellement nécessaires par la Convention, seraient applicables *mutatis mutandis* aux actes authentiques.

C *Transactions judiciaires*

166 Comme nous l'avons dit pour les actes authentiques, il nous paraît que la disposition des Conventions de Bruxelles et de Lugano concernant les transactions judiciaires (art. 51) est une disposition utile et compatible dans le cadre élargi de la future Convention.

167 De nombreux pays connaissent les transactions judiciaires même si, là encore, elles ne possèdent pas toutes et dans tous les systèmes la même force exécutoire. On sait notamment qu'en Allemagne et aux Pays-Bas les transactions judiciaires sont exécutoires de plein droit[181].

168 Une disposition exactement parallèle à celle qui aura été retenue pour les actes authentiques pourrait être retenue pour les transactions judiciaires.

[178] Notons à cet égard que les experts de la Commission spéciale de juin 1996 ont exprimé un doute sur la possibilité d'exécuter des injonctions dans le cadre conventionnel, cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 40. Il a été rappelé que la *Full Faith and Credit Clause* en droit fédéral américain ne couvre pas ce type de décisions.
[179] Cf. *supra* No 59.
[180] Pour un exemple récent d'exécution d'un tel acte dans le contexte franco-allemand, on pourra consulter l'arrêt de la Cour de cassation française Civ. 1, 12 janvier 1994, *RCDIP* 1994, p. 557, note Ch. Pamboukis.
[181] Cf. Rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles (*op. cit.* note 94), p. 56.

Section 2 – Étendue des effets

169 Il est rare, ailleurs qu'aux États-Unis d'Amérique, de se poser la question du droit applicable à l'étendue des effets d'un jugement étranger. Toutefois, il nous apparaît que cette question est importante et qu'elle est trop souvent masquée derrière une qualification procédurale des questions de reconnaissance et d'exécution des jugements. En effet, il est classique de dire que seul l'État requis a le droit de définir les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers sur son territoire. Cela est vrai en ce qui concerne la procédure, les conditions du contrôle du jugement étranger ainsi que la liste des éléments contrôlés. Cela ne doit pas systématiquement être vrai de l'étendue des effets donnés aux jugements étrangers. C'est ainsi qu'il est affirmé dans certains systèmes juridiques que le jugement étranger ne peut recevoir dans l'État requis plus d'effets qu'il ne possède dans l'État d'origine. Si une telle règle est admise, plusieurs conséquences en découlent:

(1) Si le jugement n'est pas définitif[182] dans le pays d'origine, il pourrait éventuellement être exécuté dans l'État requis à condition qu'il ait un caractère exécutoire par provision dans l'État d'origine et que le juge requis assortisse l'exécution du jugement de garanties permettant de s'assurer que dans l'hypothèse où le jugement serait infirmé à l'étranger, la partie qui aurait bénéficié de l'exécution à tort puisse, sans difficulté ni délai, rembourser les sommes payées ou revenir sur une exécution préalablement effectuée[183]. Cette règle, purement optionnelle pour le juge requis, aurait le mérite d'interdire à celui qui a perdu le procès à l'étranger d'organiser son insolvabilité en intentant un appel ou autre voie de recours uniquement destinée à bloquer une procédure de reconnaissance ou d'exécution à l'étranger.

(2) Le juge requis ne doit pas être autorisé à compléter ou à modifier le jugement étranger autrement que dans les conditions dans lesquelles le juge étranger lui-même pourrait intervenir. C'est ainsi que l'on ne pourrait vraisemblablement pas admettre de demandes additionnelles au stade de la procédure dans l'État requis.

(3) La durée de validité du jugement doit être celle applicable dans l'État d'origine (durée de la péremption)[184].

(4) L'étendue de l'effet de chose jugée sur des demandes qui auraient pu être formulées à l'étranger mais ne l'ont pas été doit dépendre du droit étranger de l'État d'origine.

(5) L'effet à l'égard de tiers, l'admission de la tierce opposition ou autre effet de chose jugée à l'égard de personnes non parties *stricto sensu* à la procédure étrangère, mais représentées concrètement ou par l'effet de la loi, doit être apprécié au regard du droit de l'État d'origine.

170 En revanche, on doit pouvoir admettre que l'État requis puisse éventuellement donner un effet de fait, de titre, probatoire ou une simple reconnaissance d'éléments contenus dans un jugement étranger, en vertu de son propre droit, alors même que de tels effets ne sont pas connus à l'étranger. De telles questions ne mettent pas en cause le jugement en tant que tel mais seulement certains de ses éléments constitutifs, certains aspects des circonstances factuelles qui l'expliquent, certains raisonnements qui peuvent être utiles au syllogisme juridique

[182] La notion même de «décision définitive» (*final* en langue anglaise) pose des difficultés car elle n'est pas uniformément comprise dans tous les systèmes juridiques.
[183] La Commission spéciale de juin 1994 a conclu plutôt à exclure l'exécution de décisions non définitives sauf en matière d'obligations alimentaires si la matière était incluse, cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 35.
[184] À cet égard, il serait très utile que le Bureau Permanent puisse réunir un document de synthèse sur les durées de péremption des jugements dans chaque État membre. L'aide des délégations, à cet égard, serait la bienvenue.

"anti-suit injunctions",[178] for the reasons given above.[179] The experts should discuss the possibility to include the decisions rendered in matter of proof, which pose specific difficulties with regard to the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*.

B *Authentic instruments*

163 The inclusion of authentic instruments in the future Convention could be guided by the Brussels and Lugano Conventions.[180]

164 In this respect, it should be noted that many States cover authentic instruments in their legal systems. The executory force of these acts may vary from one State to the next but, as with judicial decisions, we believe they should carry the same executory force as in the State of origin. To this extent, there should be no difficulty in giving effect to authentic instruments throughout the territories of the Contracting States, even on the territory of Contracting States where the practice is unfamiliar. However, for the latter, a special clause should be included to enable them not to give effect to a foreign authentic instrument if their legal system does not allow them to admit such an act, as being incompatible with their internal law. This clause would supplement the provision on acts contrary to public policy found in the Brussels and Lugano Conventions. This notion of being contrary to public policy relates, in fact, to the substance of the authentic instrument rather than to its inclusion, in a procedural sense, in the legal system of the State addressed. Moreover, the Convention should provide, as a condition for the recognition and enforcement of an authentic instrument, that it must satisfy the conditions for its authenticity in the State of origin.

165 Finally, all the provisions dealing with the issues of the burden of proof, the document to be produced on enforcement, legalisation or other formalities which may be necessary under the Convention, would be applicable *mutatis mutandis* to authentic instruments.

C *Settlements in court*

166 As we have said in respect of authentic instruments, it seems that the clause in the Brussels and Lugano Conventions on court settlements (Art. 51) is a useful provision which would be compatible with the enlarged framework of the future Convention.

167 Many countries are familiar with court settlements although, here again, they do not all have the same executory force in all systems. For instance, in Germany and the Netherlands court settlements are automatically enforceable.[181]

168 A provision exactly parallel to the one adopted for authentic acts could be included for court settlements.

[178] Here we note that the experts to the Special Commission of June 1996 expressed doubt about the possibility of enforcing injunctions under the Convention, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 40. It was pointed out that the Full Faith and Credit Clause in United States federal law does not cover decisions of this type.
[179] *Cf. supra* No 59.
[180] For a recent example of the enforcement of such an act in the Franco-German context, one may consult the judgment of the French *Cour de Cassation* Civ. 1, 12 January 1994, *RCDIP* 1994, p. 557, note Ch. Pamboukis.
[181] *Cf.* Jenard Report on the Brussels Convention (*op. cit.* note 94), p. 56.

Section 2 – Scope of effects

169 Except in the United States of America, the question is rarely raised of the law applicable to the extent of the effects of foreign judgments. However, we think this is a very important question, which is too often concealed behind a procedural description of the issues of recognition and enforcement of judgments. It is in fact standard practice to argue that only the State addressed has the right to define the rules applicable to the recognition and enforcement of foreign judgments on its territory. This is true of the procedure, the conditions for the verification of the foreign judgment, and the list of elements to be verified. It will not necessarily be true of the extent of the effects given to foreign judgments. Thus it is said, in some legal systems, that the foreign judgment cannot have more effects in the State addressed than in the State of origin. If this rule is admitted, several consequences follow from it:

(1) If the judgment is not final[182] in the country of origin, it could be enforced in the State addressed provided it has provisional executory force in the State of origin, and the court addressed attaches guarantees to the enforcement of the judgment so that if the judgment is invalidated abroad, a party who would have benefited unjustifiably from enforcement may, without difficulty or delay, reimburse sums paid or reverse a prior enforcement.[183] This rule, which is purely optional for the court addressed, would have the advantage of prohibiting a party who has lost the case in the State of origin from deliberately sheltering his assets while appealing or using another form of review intended to block a procedure for recognition and enforcement abroad.

(2) The court addressed must not be authorised to supplement or amend the foreign judgment except in circumstances where the foreign court could itself intervene. Hence it will probably be impossible to admit any additional claims at the stage of proceedings in the State addressed.

(3) The duration of validity of the judgment must be that applicable in the State of origin (period after which the judgment lapses).[184]

(4) The extent of the effects of *res judicata* on claims which could have, but have not, been made abroad must be determined by the law of the State of origin.

(5) The effects with regard to third parties, whether application may be made to vacate judgment or other effects of *res judicata* in respect of persons who are not parties *stricto sensu* to the foreign proceedings, but are represented in practice or by virtue of the law, must be assessed in the light of the law of the State of origin.

170 On the other hand, it must be possible to admit that the State addressed may give factual effect, title effect, probatory effect or mere recognition to elements in a foreign judgment, by virtue of its own law, even if such effects are not known abroad. Such issues do not call into question the judgment as such, but only some of its constituent elements, certain aspects of the facts which underlie it, certain arguments which may be useful in the legal reasoning applied by a court which

[182] The notion of a "final decision" poses difficulty since it is not uniformly understood by all legal systems.
[183] The Special Commission of June 1994 decided instead to exclude the enforcement of non-final decisions except for maintenance obligations, if these are to be included, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 35.
[184] In this respect, it would be very useful for the Permanent Bureau to produce an analytical document on the periods after which judgments lapse in each Member State. The assistance of delegations in this regard would be welcome.

utilisé par un juge appelé à statuer sur un autre litige. Il serait bon que la Convention puisse prendre position sur ces aspects trop souvent négligés et qui sont source éventuelle de contentieux ou, à tout le moins, que le Rapport explicatif indique clairement la marge de manœuvre laissée aux États parties.

171 En ce qui concerne la différenciation à effectuer entre « reconnaissance » et « exécution » la Convention pourrait suivre les principes suivants :

(1) la reconnaissance ne serait pas accordée « de plein droit », mais elle devrait résulter d'un contrôle de la décision étrangère par le juge saisi du litige au cours duquel la reconnaissance est invoquée[185] ;

(2) si la reconnaissance n'est pas accordée « de plein droit », elle doit rétroagir à la date du jugement dans le pays d'origine lorsqu'elle est accordée dans le pays requis. En ce sens, la décision de reconnaissance est purement déclaratoire et non constitutive ;

(3) la reconnaissance n'exige donc pas une procédure particulière et séparée d'exequatur ou d'enregistrement, mais requiert néanmoins un contrôle qui pourrait, éventuellement, être allégé par rapport à celui prévu pour l'exécution ;

(4) l'exécution, quant à elle, exige normalement une procédure séparée devant un juge spécifique, quelle que soit la forme prise par cette procédure (exequatur, action sur le jugement, enregistrement, etc.).

Section 3 – Contrôle du jugement étranger

172 À titre liminaire, nous abordons la question évoquée par la Commission spéciale de juin 1996 de savoir si l'on doit prévoir deux régimes de contrôle séparés, l'un applicable aux jugements rendus sur procédure contradictoire et l'autre aux jugements rendus par défaut[186]. Une telle différenciation existe dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, car le contrôle pour la première catégorie de décisions est quasiment inexistant. Or, ainsi que nous l'exposerons ci-après, l'orientation prise dans le cadre de la nouvelle Convention permet de dire qu'il existera un contrôle de la décision de l'État d'origine, même si elle a été rendue contradictoirement. Une différenciation avec les décisions par défaut ne se justifie donc plus, sauf peut-être sur les constatations de fait ainsi qu'il sera dit ci-après[187]. De surcroît, comme l'a précisé la Commission spéciale de juin 1996[188], si une telle différenciation était retenue, il conviendrait de donner une définition de ce qu'il convient d'entendre par « jugement par défaut », définition « extrêmement délicate » à préciser et qui peut « créer plus de problèmes » qu'elle ne peut en résoudre.

1 *Régime juridique du contrôle*

A *Rôle* ex officio *du juge*

173 On doit s'interroger sur le point de savoir si le juge de l'État requis doit procéder à un contrôle *ex officio* ou si, au contraire, il doit attendre pour procéder à ce contrôle que la preuve soit rapportée par l'une ou l'autre des parties au procès[189].

174 Si l'on peut penser qu'un contrôle du jugement étranger est absolument nécessaire avant de lui donner effet dans l'État requis, on peut néanmoins s'interroger sur la nécessité d'imposer au juge requis un contrôle *ex officio*. On touche ici du doigt l'étendue de la mise en cause de la souveraineté des États dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. La position que l'on prend sur cette question est très souvent une position théorique et doctrinale. Il semble cependant abusif de considérer que l'exécution sur un territoire autre que celui dans lequel un jugement a été rendu met en cause la souveraineté des États. La plupart du temps, seuls des intérêts privés sont en cause. La plupart du temps, l'effet donné à un jugement étranger sur un territoire n'aura aucune conséquence hormis à l'encontre de la partie qui a perdu son procès à l'étranger. Des intérêts publics ne sont que rarement en cause. C'est pourquoi, sauf circonstances exceptionnelles qui pourraient être parfaitement éclairées par l'exception d'ordre public, il nous semble préférable de considérer que les exceptions tirées des éléments du contrôle du jugement étranger soient laissées quasi exclusivement entre les mains des parties sans que le juge intervienne *ex officio*[190]. La seule exception est, comme nous venons de le dire, le contrôle de l'ordre public qui doit effectivement être effectué *ex officio* car, dans le cas contraire, ce serait purement et simplement nier la raison d'être et la nature même d'une exception d'ordre public.

B *Répartition de la charge de la preuve*

175 Le demandeur qui, par hypothèse, a intérêt à se prévaloir de la décision étrangère et a donc, vraisemblablement, gagné le procès à l'étranger[191], doit bénéficier d'un régime de faveur lorsqu'il est question pour lui de recommencer une procédure nécessitée par l'exécution de la décision à l'étranger.

176 Par ailleurs, du point de vue du défendeur, c'est-à-dire celui qui a perdu son procès à l'étranger, on peut penser que si la procédure étrangère a été « correcte » il ne doit pas pouvoir reprendre l'intégralité du procès devant le juge requis. C'est pourquoi, il sera demandé un minimum au demandeur devant le juge requis (preuve de l'existence du jugement ; éventuellement traduction dans la langue du pays requis et, en cas de procédure par défaut à l'étranger, preuve que le défendeur a été notifié régulièrement de la procédure, qu'il a été concrètement atteint, qu'il a compris concrètement qu'il devait procéder à l'étranger et a eu le temps nécessaire pour présenter sa défense).

177 Une fois cette preuve rapportée par le demandeur, la charge repose alors sur le défendeur de prouver que le jugement étranger ne correspond pas aux critères de contrôle posés par la Convention.

2 *Critères de contrôle*

178 Parmi les critères de contrôle qui font l'objet des développements qui suivent, on ne trouvera pas la révision de la décision en tant que telle, dans sa substance. Bien qu'à notre connaissance ce point n'ait pas encore été directement discuté par les Commissions spéciales de 1994 et 1996, il nous paraît que la révision au fond de la décision étrangère devrait être interdite dans le cadre de la future Convention.

[185] Le principe d'une reconnaissance de plein droit a été évoqué par la Commission spéciale de juin 1994 mais n'a pas été approfondi, cf. Conclusions (*op. cit.* note 32), No 33.
[186] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 37.
[187] Cf. *infra* No 180.
[188] Cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 37.
[189] La répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès sera étudiée *infra* Nos 175 et s.

[190] Cette méthode semble avoir été acceptée par la Commission spéciale de juin 1996, au moins en ce qui concerne la compétence, cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 31 à 38.
[191] Sauf si l'action qu'il entreprend est une action en inopposabilité auquel cas l'hypothèse est renversée.

has to adjudicate in another case. It would be a good thing if the Convention could take a position on these issues, which are too often ignored and which can give rise to litigation or, at least, if the Explanatory Report were to state clearly the room for manoeuvre left to States Parties.

171 As regards the distinction to be drawn between "recognition" and "enforcement", the Convention could adopt the following principles:

(1) recognition would not be granted "automatically", but should ensue from the verification of the foreign decision by the court seised of the case during which recognition is invoked;[185]

(2) if recognition is granted "automatically", it must be retroactive to the date of the judgment in the State of origin when it is granted in the State addressed. This means that the decision of recognition is only declaratory, not constitutive;

(3) recognition does not therefore require any special procedure such as *exequatur* or registration, but does call for a form of verification, which could be less stringent than that required for enforcement;

(4) enforcement normally requires a separate procedure before a special court, whatever the form taken by this procedure (*exequatur*, action on the judgment, registration, etc.).

Section 3 – Verification of the foreign judgment

172 By way of introduction, we now turn to the question mentioned by the Special Commission in June 1996: whether there should be two separate verification systems, one applicable to judgments rendered in adversarial proceedings, the other to judgments delivered by default.[186] This distinction exists in the Brussels and Lugano Conventions, as verification of the former category of decisions is virtually absent. But as we will explain, the approach followed in the new Convention enables us to state that there will be verification of the decision of the State of origin, even if it has been made in adversarial proceedings. Hence it is no longer warranted to distinguish these from default decisions, except perhaps on factual grounds, as we explain below.[187] Moreover, as the Special Commission of June 1996 stated,[188] if such a distinction were adopted, there would have to be a definition of "default judgment", which is an "extremely tricky" notion to define, and may "create more problems" than it solves.

1 *Legal framework for verification*

A Ex officio *role of the court*

173 It must be asked whether the court of the State addressed must proceed with verification *ex officio*, or if it must wait for proof to be furnished by one of the parties to the case before proceeding to the verification.[189]

174 Although it may be thought that verification of the foreign judgment is absolutely necessary before giving effect to it in the State addressed, one may nevertheless question the need to impose an *ex officio* obligation on the court addressed. Here we can sense the extent to which State sovereignty is called into question in the context of the recognition and enforcement of foreign judgments. Attitudes towards this question tend to be theoretical and academic. However, it seems mistaken to believe that enforcement on a territory other than that on which a judgment has been rendered is a challenge to State sovereignty. Most of the time, the only interests involved are private ones. Usually, the effect given to a foreign judgment on a territory will have no consequences except for the party who has lost the case abroad. Public interests are rarely in issue. This is why, except in rare cases which can well be covered by the plea of public policy, we think it is preferable to consider that pleas based on the elements of verification of the foreign judgment should be left almost entirely to the parties, without the court intervening *ex officio*.[190] The only exception, as we have just said, is the verification of public policy, which must in fact be carried out *ex officio*, since otherwise this would simply deny the logic and nature of a plea of public policy.

B *Allocation of the burden of proof*

175 A plaintiff who, let us suppose, has an interest in relying on the foreign decision and has probably therefore won the case abroad,[191] must be given preferential treatment when he has to begin again with proceedings because of the enforcement of the decision abroad.

176 However, from the viewpoint of the defendant, *i.e.*, the party who has lost the case abroad, it may be thought that if the foreign proceedings were "proper", he must not be able to recommence proceedings on the whole case before the court addressed. This is why minimal demands will be made of the plaintiff before the court addressed (proof of the existence of the judgment; translation, if required, into the language of the country addressed and, in the case of default proceedings abroad, proof that the defendant was properly notified, that the notice did actually reach him, that he understood that he had to defend the case abroad and was given the time necessary to prepare his defence).

177 Once this proof has been furnished by the plaintiff, the onus lies on the defendant to prove that the foreign judgment does not comply with the verification criteria set by the Convention.

2 *Criteria for verification*

178 Among the criteria discussed below, there is no provision for a review of the decision as such, in its substance. Although, as far as we know, this point has not yet been dealt with directly by the Special Commissions of 1994 and 1996, we think a review of the merits of the foreign decision ought to be prohibited by the future Convention.

[185] The principle of automatic recognition was mentioned by the Special Commission of June 1994, but without going into detail, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 32), No 33.
[186] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 37.
[187] *Cf. infra* No 180.
[188] *Cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 37.
[189] The allocation of the burden of proof among the parties to the case will be discussed *infra*, Nos 175 *et seq.*

[190] This method seems to have been accepted by the Special Commission of June 1996, at least as regards jurisdiction, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), Nos 31-38.
[191] Unless his action is one for ineffectiveness, *i.e.*, an action for a declaration that the judgment is not entitled to recognition, in which case the assumption is reversed.

A *Compétence du juge d'origine*

179 Dans le cadre géographique élargi dans lequel nous travaillons, il ne semble pas incohérent d'exiger une vérification des règles de compétence utilisées par le juge d'origine[192], alors même que l'on serait dans le cadre d'une convention double stricte. Pour ce faire, le Groupe de travail a d'ailleurs suggéré que « possibilité soit donnée à une partie de demander au tribunal d'origine de préciser dans son jugement les chefs de compétence sur lesquels le tribunal s'est fondé ou a pu se fonder »[193]. En effet, on peut s'interroger sur l'effet d'autorité de chose jugée à l'égard de la compétence du juge d'origine. Si le défendeur n'a pas soulevé cette question à l'étranger, il semble normal de ne pas l'autoriser à soulever cette question au stade de l'effet dans l'État requis[194]. En revanche, si le défendeur a contesté à l'étranger la compétence du juge d'origine et a perdu à l'étranger, on doit l'autoriser à reprendre cette discussion devant le juge requis, car il est possible que le juge d'origine ait à tort considéré qu'il était compétent au regard de la Convention. Évidemment, si l'on parvient à mettre en place une interprétation uniforme de la Convention[195] ainsi que cela est apparu souhaitable à certains experts, les hypothèses dans lesquelles le juge requis parviendra à une conclusion différente du juge d'origine seront extrêmement rares. Il n'empêche que la compétence, ainsi que nous l'avons déjà dit, demeure la pierre angulaire d'une bonne administration internationale de la justice. Dans ces conditions, il nous apparaît normal d'autoriser une vérification alors même que les règles de compétence sont prévues par la Convention.

180 En revanche, il ne semble pas difficile d'admettre, comme l'a fait la Commission spéciale de juin 1994[196], que les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence demeurent acquises comme le prévoit d'ailleurs la Convention Exécution de 1971 sauf pour les décisions par défaut. Ce point semble ne plus devoir être discuté après les travaux de la Commission spéciale de juin 1996[197].

B *Loi appliquée par le juge d'origine*

181 De très nombreux systèmes juridiques ne connaissent pas cet élément de contrôle du jugement étranger. Il peut apparaître, à bien des égards, superfétatoire. Il est trop proche d'une révision au fond pour pouvoir être autorisé dans le cadre d'une convention[198]. Par ailleurs, même si effectivement l'issue du litige dépend souvent de la loi qui a été appliquée, on peut néanmoins considérer que, dans un très grand nombre de cas, le résultat ne sera pas forcément « injuste ». Or, pour les cas dans lesquels un tel résultat serait effectivement injuste, on peut penser que l'exception d'ordre public substantiel[199] sera suffisante. On peut s'interroger sur une vérification de la loi appliquée pour des questions préalables ayant trait à des matières non couvertes par la Convention ainsi que le prévoit l'article 27 (4) des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Les délégués voudront peut-être discuter les cas concrets que l'exclusion d'une telle vérification entraînerait et, en fonction des inconvénients et des avantages de la règle, dans des cas étudiés de manière concrète, la décision pourra être d'insérer une clause à cet égard. En tout état de cause, même si ce contrôle est maintenu, la non-reconnaissance devrait être facultative pour le juge requis.

C *Motivation de la décision d'origine*

182 L'exigence de motivation des décisions judiciaires diffère très profondément d'un système juridique à l'autre. Par ailleurs, le contrôle de la motivation du juge étranger est trop proche de la révision au fond pour pouvoir être admis dans le cadre d'une convention. De surcroît, il est possible de se demander à quoi sert la motivation du jugement étranger dans le cadre du contrôle. Si l'on étudie chacun des éléments qui pourraient éventuellement être retenus pour le contrôle conventionnel, aucun ne nécessite de vérifications dans la motivation même du jugement. Il conviendra donc vraisemblablement de ne pas prévoir un tel contrôle dans le cadre de la Convention[200].

D *Ordre public procédural*

183 Ce contrôle de l'ordre public procédural nous apparaît comme la pierre angulaire de la future Convention. En effet, il est possible de dire qu'un procès est juste ou injuste non pas tant par l'issue du litige que par la manière par laquelle le litige s'est déroulé procéduralement parlant. Notification du défendeur, temps qui lui a été donné pour se défendre, respect strict du principe de la contradiction, neutralité des experts, possibilité de rapporter des preuves, neutralité des juridictions, indépendance des juges[201], toutes ces questions nous semblent devoir être indiquées comme devant faire l'objet d'un contrôle par le juge requis ou, au moins, faire l'objet de développements dans le Rapport explicatif.

184 En effet, il ne nous paraît pas suffisant de simplement énoncer que la procédure doit être régulière et équitable. Il conviendrait, en plus, de préciser ce que l'on entend par une procédure régulière et équitable. Les conceptions à cet égard sont trop différentes d'un pays à l'autre pour ne pas faire l'effort de s'entendre sur les points fondamentaux de la notion de procès équitable ou de *due process* dans les pays de *common law*, notamment aux États-Unis d'Amérique.

185 L'explication de ce qu'il convient d'entendre par « procès équitable », « *due process* » ou toute autre expression équivalente peut ne pas apparaître dans la Convention elle-même, mais être précisée dans le Rapport explicatif. L'inconvénient de cette formule est bien connu : le Rapport explicatif n'est pas consulté aussi facilement que le texte d'une Convention et les juges ne l'auront pas tous forcément à leur disposition. L'avantage serait de ne pas trop alourdir le texte de la Convention.

186 En ce qui concerne le contrôle de la régularité de la notification du défendeur, certains experts de la Commission spéciale de juin 1996 ont suggéré qu'il soit effectué un simple

[192] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 258 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 34.
[193] Conclusions du Groupe de travail (*op. cit.* note 11), p. 260, No 13. Nous ne sommes pas convaincus qu'une telle disposition soit utile. En effet, aucune règle procédurale empêche aujourd'hui à une partie de « demander » au juge d'agir en ce sens, sans aucune garantie que le juge acceptera de la suivre. En revanche, si la disposition devait être plus sévère et obliger le juge à donner cette précision, cet alourdissement de la tâche du juge peut aller à l'encontre de certaines dispositions de la Convention (par ex. prorogation tacite). De plus, cela risque de compliquer la procédure d'origine inutilement, notamment en provoquant un débat contradictoire sur un point que les parties n'avaient pas soulevé. Enfin, elle peut modifier la nature des règles de compétence et le rôle du juge en l'obligeant à statuer *ex officio*.
[194] On suppose ici que la première partie de la Convention contiendra une règle de prorogation tacite, cf. *supra* No 108.
[195] Cf. *infra* No 200.
[196] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 34.
[197] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 30.
[198] La Commission spéciale de juin 1996 est parvenue à un quasi-consensus sur ce point, cf. *ibid.*, No 34.
[199] Cf. *infra* No 187.
[200] Certains experts de la Commission spéciale de juin 1996 ont néanmoins indiqué que cette motivation pouvait être nécessaire dans certains cas, sans que des exemples aient été donnés, cf. Conclusions (*op. cit.* note 37), No 36.
[201] La Commission spéciale de juin 1996 a longuement discuté de cette question et ses débats sont succinctement résumés dans les Conclusions (*ibid.*), au No 38. Si l'on est unanimement d'accord pour dire qu'un jugement rendu par une juridiction partiale et soumise aux pouvoirs politiques ne doit pas recevoir d'effet, le contrôle d'une telle occurrence est difficile à organiser. Le danger essentiel réside dans la tentation de ne pas étudier le procès lui-même en tant que tel, mais de s'en tenir à une appréciation en général de toutes les juridictions d'un pays donné en fonction des fluctuations de la politique étrangère existant entre l'État d'origine et l'État requis. Certes, on ne pourra pas empêcher que le contrôle soit fait plus rigoureusement et précisément lorsque le jugement provient d'un pays plutôt que d'un autre. Mais la Convention devrait présenter une formulation telle que le juge sera contraint de procéder au cas par cas et non par généralité.

A *Jurisdiction of the court of origin*

179 In the expanded geographical context in which we are working, it does not seem inconsistent to require a check on the jurisdictional rules used by the court of origin,[192] even in the context of a strict double convention. For this purpose, the Working Group suggested that "the plaintiff might ask the court of origin to specify in its judgment the grounds upon which the court has assumed jurisdiction, or might have assumed jurisdiction".[193] One may indeed query the effect of the *res judicata* with respect to the jurisdiction of the original court. If the defendant has not raised this question abroad, it seems reasonable that he should not be allowed to raise it at the stage of taking effect in the State addressed.[194] On the other hand, if the defendant has challenged abroad the jurisdiction of the court of origin and has lost abroad, he must be permitted to return to the issue before the court addressed, as it is possible that the original court wrongly held that it had jurisdiction under the Convention. Obviously, if a uniform interpretation of the Convention is achieved,[195] as certain experts felt to be desirable, the circumstances in which the court addressed will arrive at a different conclusion from the original court will be very rare. Nevertheless, jurisdiction, as we have already said, remains the cornerstone of a proper international administration of justice. In this light, we think it is reasonable to permit verification notwithstanding the jurisdictional rules framed in the Convention.

180 On the other hand, it does not seem difficult to admit, as the Special Commission did in June 1994,[196] that the findings of facts on which the original court based its jurisdiction remain unchallenged, as indeed provided by the 1971 Enforcement Convention except for decisions by default. This point does not seem to require further discussion following the work of the Special Commission in June 1996.[197]

B *Law applied by the court of origin*

181 Many legal systems do not know this element of verification of the foreign decision. In many respects, we think it is supererogatory. It is too akin to a review on the merits to be permissible in the context of a convention.[198] Even if, in fact, the outcome of the case often depends on the law applied, it may nevertheless be felt that in many cases the result will not necessarily be "unjust". Except in cases where this outcome would actually be unjust, it may be thought that the plea of substantive public policy[199] should be sufficient. One may query the verification of the law applied for incidental questions relating to subjects not covered by the Convention, as contemplated in Article 27 (4) of the Brussels and Lugano Conventions. Experts may wish to consider which specific cases would result from excluding such verification; in the light of the drawbacks and advantages of the rule, in cases studied *in concreto*, the decision may be either to include or to omit a clause on this point. In any event, even if such verification is provided for, the non-recognition should not be compulsory for the court addressed.

C *Reasoning of the decision of origin*

182 The requirement that judicial decisions state the grounds on which they are based differs considerably from one legal system to another. Also, the verification of the reasoning of the foreign court is too close to a review of the merits to be admissible in a convention. Moreover, one may wonder what purpose is served by the reasoning of the foreign judgment in the context of the verification. If one considers each of the elements which might be selected for verification under the Convention, none calls for a verification in the actual reasoning of the judgment. It will therefore probably be best not to provide for such verification in the framework of the Convention.[200]

D *Procedural public policy*

183 The verification of the procedural public policy seems to be the cornerstone of the future Convention. What decides the justice or injustice of a court procedure is not so much the outcome of the case as the manner in which the proceedings are held. The notification of the defendant, the time allotted to him to prepare his defence, the strict respect for the principle of an adversarial hearing, the neutrality of experts called, the possibility of furnishing proof, the neutrality of the courts, the independence of the judges;[201] we think all these questions should form part of the verification by the court addressed, or should at least be discussed in the Explanatory Report.

184 Indeed, we do not believe it is adequate simply to state that the proceedings must be proper and equitable. It must also be specified what this means. Views on this differ too much from one country to another for us not to make the effort to reach agreement on the key points included in the concept of equitable proceedings or due process in the common law countries, notably the United States of America.

185 An explanation of what is meant by "due process", or any equivalent expression, could appear not in the Convention itself, but in the Explanatory Report. The disadvantage of this solution is well known: the Explanatory Report is not as readily consulted as the text of a Convention, and not all courts will necessarily have it available. The advantage would be that this avoids overburdening the text of the Convention.

186 As regards ascertaining that the defendant has been properly notified, some experts on the Special Commission of June 1996 suggested that this could be done by a

[192] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 259 and Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 34.
[193] Conclusions of the Working Group (*op. cit.* note 11), p. 261, No 13. We are not persuaded such a provision would be useful. In fact, there is no procedural rule to prevent a party from "requesting" the court to act in this sense, without any guarantee that the court will agree. On the other hand, if the provision were stricter and required the court to spell this out, to add further to the task of the court in this way may run counter to some of the Convention's provisions (for instance, on tacit extension of jurisdiction). Moreover, this might unnecessarily complicate the original proceedings, especially by setting off an adversarial debate on a point not raised by the parties. Finally, it may alter the nature of the rules of jurisdiction and the role of the court by compelling it to adjudicate *ex officio*.
[194] We assume here that the first part of the Convention will contain a rule on tacit choice of court, *cf. supra* No 108.
[195] *Cf. infra* No 200.
[196] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 34.
[197] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 30.
[198] The Special Commission of June 1996 achieved virtual consensus on this point, *cf. ibid.*, No 34.
[199] *Cf. infra* No 187.

[200] Some experts on the Special Commission of June 1996 said, however, that the reasoning might be needed in some cases, but they did not give any examples, *cf.* Conclusions (*op. cit.* note 37), No 36.
[201] The Special Commission of June 1996 discussed this question at length; its debates are summarised in the Conclusions (*ibid.*), at No 38. Although there is unanimous agreement that a judgment rendered by a partial jurisdiction subject to political control should not be given effect, it is difficult to organise verification of such an occurrence. The essential danger lies in the temptation not to study the actual proceedings, but to opt for a general appraisal of all the courts of a given country, in the light of the ups and downs of the foreign relations between the State of origin and the State addressed. Of course, the control may be carried out more rigorously and accurately when the judgment comes from one country rather than another, and this cannot be avoided. But the Convention should be drafted in such a way that the court is obliged to proceed on a case-by-case basis, and not through generalisations.

renvoi à la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*[202]. Cette solution satisfaisante *a priori* pour l'harmonie d'application des diverses Conventions de La Haye peut s'avérer plus difficile à mettre en œuvre en pratique parce que certains États contractants de la nouvelle Convention ne seraient pas Parties à la Convention Notification de 1965. La disposition pertinente dans la nouvelle Convention pourrait donc prévoir renvoi à la Convention de 1965 ou à toute disposition équivalente connue à la fois de l'État d'origine et de l'État destinataire dans lequel la notification a été effectuée, ce dernier n'étant pas forcément le même que l'État requis.

E *Ordre public substantiel*

187 On ne peut pas éviter que le juge requis puisse éventuellement opposer son ordre public substantiel à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger qui viendrait contredire ses principes et règles fondamentaux. Il conviendra cependant, dans la ligne de toutes les conventions que nous connaissons sur le sujet y compris en matière de reconnaissance de sentence arbitrale de préciser que c'est *l'effet* du jugement étranger qui doit être contraire à l'ordre public substantiel et non le jugement lui-même. En d'autres termes, c'est l'insertion des obligations et droits tels qu'ils sont issus du jugement étranger dans le système juridique de l'État requis qui pose problème. La mise en œuvre concrète de cette exception devrait donc vraisemblablement être limitée à des cas particulièrement flagrants. À cet égard, la formule traditionnelle des Conventions de La Haye paraît appropriée dans le cadre de la future Convention.

F *Inconciliabilité de décisions*

188 La plupart des systèmes juridiques admettent que le juge requis puisse refuser de donner effet à un jugement étranger si celui-ci est inconciliable avec un jugement précédemment rendu. Plusieurs conditions d'application assortissent généralement cette disposition : (1) Une définition de ce que l'on entend par « décisions inconciliables ». Il s'agit de deux décisions qui prévoient des droits et des obligations contradictoires pour les parties au litige. C'est donc une appréciation *in concreto* qui doit être faite par le juge requis. (2) Si la décision avec laquelle le jugement étranger en cause est inconciliable provient également de l'étranger, les deux doivent avoir passé avec succès les tests du contrôle des jugements étrangers soit en vertu du droit commun de l'État requis si le jugement provient d'un État non contractant, soit en vertu de la Convention elle-même si ce jugement provient d'une juridiction d'un État partie.

G *Fraude*

189 Il convient vraisemblablement de prévoir que la fraude perpétrée à l'étranger est un obstacle à l'effet du jugement dans l'État requis[203]. Cependant il sera utile de s'entendre sur la notion de fraude telle qu'elle doit être utilisée ici.

a *Fraude à la loi*

190 Quelle que soit la position que les délégués auront prise concernant le contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, il ne nous paraît pas que la fraude à la loi doive être contrôlée en tant que telle dans la disposition conventionnelle sur la fraude. En effet, de deux choses l'une, soit les délégués auront prévu un contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine et la fraude à la loi sera donc contrôlée par l'intermédiaire de cette disposition ; ou bien les délégués auront abandonné l'exigence du contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine et l'on ne peut à ce moment-là pas y revenir sous l'angle de la fraude à la loi sauf, éventuellement, à en limiter très strictement l'application et les cas concrets de mise en œuvre.

b *Fraude à la procédure ou au jugement*

191 Il s'agit ici de sanctionner une fraude perpétrée à l'étranger sans laquelle le jugement n'aurait pas pu être obtenu. Il s'agit notamment du cas dans lequel le demandeur soutient devant le juge d'origine qu'il ignore l'adresse du défendeur ou que celui-ci n'a plus de domicile connu, empêchant ainsi que le défendeur soit cité et qu'il soit représenté dans la procédure étrangère. Le jugement qui s'ensuit est généralement un jugement par défaut ou, quelquefois, un jugement « réputé contradictoire ». Il est possible que cette fraude soit contrôlée à travers l'ordre public procédural, mais elle est trop grave pour ne pas devoir être contrôlée en elle-même. Par ailleurs, une autre fraude au jugement peut éventuellement exister, celle de la remise au juge étranger de fausses preuves. Ici, bien évidemment, il ne peut être question de sanctionner que les cas dans lesquels la nature fausse des preuves soumises à l'étranger apparaît seulement *a posteriori*, c'est-à-dire au moment où le jugement étranger est présenté au juge requis. Dans ce cas, le juge requis doit pouvoir refuser de donner effet à ce jugement. La charge de la preuve de la nature fausse des preuves utilisées à l'étranger revient évidemment à celui qui soutient cet argument.

H *Montant excessif des condamnations*

192 Les difficultés ayant trait à l'exécution éventuelle de jugements portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs ou considérés comme « excessifs » ont préoccupé les deux Commissions spéciales de juin 1994 et de juin 1996. La question a été abordée de manière approfondie au cours des débats de la Commission spéciale de 1996. La délégation américaine, particulièrement concernée par ce type de jugements puisqu'ils émanent en grand nombre des juridictions de ce pays, compte tenu des particularités procédurales et judiciaires sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir, a montré que la jurisprudence la plus récente, notamment de la Cour suprême, devrait permettre à l'avenir de diminuer considérablement les risques que de tels jugements puissent être rendus.

193 Toutefois, un nombre important d'experts ont préféré ne pas s'en tenir à cette vision optimiste de la question et ont suggéré que la future Convention prévoie une ou plusieurs dispositions précises à cet égard[204].

194 Afin d'explorer les solutions possibles, il convient de différencier les trois hypothèses qui ont été expliquées, à la satisfaction de tous, par les experts de la Commission spéciale de juin 1996[205].

(1) Les jugements portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*) dont la particularité est de ne pas être de nature compensatoire. Il serait possible d'exclure ces jugements purement et simplement du champ d'application de la Convention car, par nature, ils se rapprochent plus des jugements condamnant à des amendes même s'ils en diffèrent, puisque l'amende est payée à l'État alors que les dommages et intérêts punitifs sont payables à la partie qui a gagné la procédure. Souvent, cette exclusion totale des jugements condamnant à des dommages et intérêts punitifs sera

[202] *Ibid.*, No 35.
[203] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32), No 36.
[204] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 27.
[205] *Ibid.*, No 23.

straightforward *renvoi* to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*.[202] This solution, a satisfactory one on the face of it for the sake of harmonising the application of the various Hague Conventions, may prove more difficult to carry out in practice, as some Contracting States to the new Convention will not be Parties to the 1965 Service Convention. The relevant clause in the new Convention could therefore include a *renvoi* to the 1965 Convention or to any equivalent provision known both to the State of origin and to the State in which notification took place, the latter not necessarily being the State addressed.

E *Substantive public policy*

187 The possibility cannot be avoided of the court addressed raising its substantive public policy as an objection to the recognition or enforcement of a foreign judgment which conflicts with its fundamental principles and rules. However, following all the conventions on the subject, including those on the recognition of arbitral awards, it should be clearly stated that it is the *effect* of the foreign judgment which has to be contrary to the substantive public policy, not the judgment itself. In other words, the problem is the inclusion of obligations and rights derived from the foreign judgment in the legal system of the State addressed. The implementation in practice of this objection should therefore probably be limited to especially flagrant cases. In this regard, the traditional formula of the Hague Conventions seems appropriate for the future Convention.

F *Irreconcilable decisions*

188 Most legal systems allow that the court addressed may refuse to give effect to a foreign judgment if it is irreconcilable with a previous judgment. This provision is usually subject to several conditions: (1) A definition of what is meant by "irreconcilable decisions". These will be two decisions providing contradictory rights and obligations for the parties to the case. The court addressed must therefore make an appraisal *in concreto*. (2) If the decision with which the foreign judgment concerned cannot be reconciled also comes from abroad, both must have successfully passed the tests for the verification of foreign judgments, either under the ordinary law of the State addressed, if the judgment comes from a non-Contracting State, or under the Convention itself if the judgment comes from a court in a State Party.

G *Fraud*

189 It will probably be desirable to stipulate that fraud perpetrated abroad must form an obstacle to the effects of the judgment in the State addressed.[203] However, it is important to agree on the notion of fraud as used here.

a *Evasion of applicable law*

190 Whatever views the experts reach regarding verification of the law applied by the court of origin, we do not think evasion of the applicable law should be verified as such in the conventional provision on fraud. Either the experts will have provided for verification of the law applied by the court of origin, and evasion of the law will therefore be verified by virtue of this provision; or the experts will have abandoned the requirement for verification of the law applied by the court of origin, and it will then be impossible to revert to it through evasion of the law except, perhaps, by strictly limiting its application and the specific cases in which it is implemented.

b *Fraud in the proceedings or in obtaining the judgment*

191 Here the question is how to sanction a fraud perpetrated abroad, without which the judgment could not have been obtained. For example, this is the case when the plaintiff argues before the original court that he / she does not know the address of the defendant or that the defendant has no known domicile, thus preventing the defendant from being notified and being represented in the foreign proceedings. The judgment which ensues is generally a default judgment or, sometimes, a judgment "deemed to follow adversarial proceedings". It is possible for such a fraud to be verified through procedural public policy, but it is too serious for it not to have its own form of control. There may also be another kind of fraud in the judgment: the submission of false evidence to the foreign court. Here, of course, the only sanctions available will be those in which the false character of the evidence submitted abroad emerges *a posteriori*, *i.e.*, when the foreign judgment is presented to the court addressed. In this case, the court addressed must be able to refuse to give effect to this judgment. The onus of proving the false character of the evidence used abroad obviously lies on the party making this claim.

H *Judgments awarding excessive damages*

192 The difficulties associated with any enforcement of judgments awarding punitive damages or damages regarded as "excessive" preoccupied the two Special Commissions of June 1994 and June 1996. The question was discussed in detail during the debates in the Special Commission of 1996. The United States delegation, which is much concerned with judgments of this type since many of them come from its courts, in view of the procedural and judicial features peculiar to its system which do not require further comment, showed that the most recent case law, especially that of the Supreme Court, should in future reduce considerably the risks of such judgments being delivered.

193 However, a significant number of experts preferred not to take this optimistic view, and suggested that the future Convention should include one or more specific clauses on this subject.[204]

194 With a view to exploring possible solutions, a distinction must be drawn among the three categories of cases which were explained, to general satisfaction, by the experts of the Special Commission in June 1996.[205]

(1) Judgments awarding punitive damages are typically not compensation awards. It would be possible simply to exclude these judgments from the scope of the Convention since, in essence, they are more akin to judgments ordering fines, despite the difference that a fine is paid to the State whereas punitive damages are payable to the winning party in the case. Often, this total exclusion of judgments awarding punitive damages will be difficult to operate, as these judg-

[202] *Ibid.*, No 35.
[203] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32), No 36.
[204] Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 27.
[205] *Ibid.*, No 23.

délicate à mettre en œuvre, car ces jugements peuvent porter d'autres condamnations qui, elles, pourraient ne pas se heurter aux mêmes difficultés que la partie du jugement portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs. Il suffirait alors que la Convention permette au juge requis, dans ce cas, à titre exceptionnel, de n'accorder l'exécution au jugement étranger que de manière partielle. Cela serait à rapprocher de la solution admise en matière de contrariété à l'ordre public qui, lorsque les divers chefs du jugement sont séparables, permet de ne pas mettre à exécution le ou les chefs contraires à l'ordre public substantiel, tout en laissant exécuter sur le territoire de l'État requis les autres chefs du jugement.

(2) La deuxième catégorie inclut les jugements condamnant à des dommages et intérêts multiples (par ex. dans les litiges *anti-trust* aux États-Unis d'Amérique). Ces dommages et intérêts multiples sont calculés sur la base d'un coefficient multiplicateur par rapport aux dommages et intérêts initiaux de nature compensatoire prononcés en faveur de l'autre partie au litige. Il convient de remarquer que, comme les dommages et intérêts punitifs de la première catégorie, les dommages et intérêts multiples n'ont pas une nature compensatoire, mais sont destinés à prévenir des comportements futurs de la partie condamnée. La solution d'exécution partielle proposée pour la première catégorie peut s'appliquer encore plus facilement dans le cas des dommages et intérêts multiples puisque, en général, on connaît le montant des dommages et intérêts de base sur lequel est appliqué le coefficient multiplicateur. Il suffit alors au juge requis de ne donner son accord à l'exécution que pour la partie des dommages et intérêts de base.

(3) En ce qui concerne tous les autres jugements condamnant à des dommages et intérêts considérés comme « excessifs », la solution proposée ci-dessus n'est pas directement applicable, puisque ces dommages et intérêts sont par nature compensatoires, mais qu'ils ne sont considérés comme excessifs que par le tribunal requis ou des tribunaux tiers à celui qui les a prononcés. Si la Convention devait proposer une règle particulière à l'égard de ces décisions, il conviendrait d'abord de préciser ce que l'on doit entendre par « dommages et intérêts excessifs ». En effet, il nous paraît important de ne pas laisser le juge requis entièrement libre de définir cette notion, pour lui-même, selon ses propres critères. Une définition possible consisterait à dire que sont excessifs par rapport au tribunal requis les dommages et intérêts qui sont sans commune mesure avec les risques généralement évalués par les compagnies d'assurance locales pour calculer les primes d'assurance lorsque le jugement porte sur une matière tombant dans un domaine assurable, ou si l'exécution de ces dommages et intérêts entraînerait pour la partie qui doit les exécuter une procédure collective telle que faillite ou procédure analogue[206]. Pour ces jugements, la Commission spéciale de juin 1996 avait également souligné l'intérêt d'étudier l'insertion d'une disposition similaire à celle qui avait été proposée dans le projet de traité bilatéral entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique en son article 8 A[207].

Section 4 – Procédure

195 Dans le cadre d'une convention mondiale, double ou mixte, il peut paraître difficile de prévoir une procédure simplifiée[208] pour l'exécution des décisions. Toutefois, quelques principes peuvent être prévus. Si l'effet que l'on veut donner à la décision étrangère n'est pas l'exécution forcée mais tous les autres effets (de fait, de titre, de preuve et reconnaissance), la compétence pour ce faire doit être donnée au juge statuant sur le litige au cours duquel se pose la question de l'effet du jugement étranger. En revanche, si l'effet recherché est l'exécution forcée, un juge spécialement désigné doit recevoir compétence pour prononcer soit l'exequatur dans les pays qui connaissent une telle procédure, soit l'action sur le jugement, soit l'enregistrement pour les autres. Il serait bon que la Convention désigne nommément la juridiction compétente dans chaque État contractant. Ce pourrait être fait sous forme de déclaration au moment de la signature ou de la ratification de la Convention. Cette déclaration pourrait également contenir la nature des voies de recours ouvertes dans l'État ainsi que les juridictions compétentes pour statuer sur ces voies de recours[209].

196 Il a été suggéré que la Convention prévoie le délai maximal dans lequel la procédure d'exécution doit se dérouler. Nous sommes, certes, sensibles à cet argument qui permettrait d'éviter de trop longues procédures d'exécution annihilant bien souvent l'intérêt de cette procédure. Le caractère « pédagogique » d'une telle disposition n'est pas non plus à négliger. Toutefois, à être trop sévère, la nouvelle Convention peut aussi manquer son but en incitant les États à ne pas la ratifier.

197 Il est fort possible que cette procédure soit unilatérale dans un premier temps. Le juge aurait alors l'obligation *ex officio* de vérifier l'existence du jugement, la compétence du juge étranger et la non contrariété à l'ordre public tant procédural que substantiel. Bien entendu, cette vérification *ex officio* pourrait s'en tenir à une vérification du « manifestement contraire ».

198 Il convient également de prévoir une disposition pour l'action en inopposabilité, c'est-à-dire l'action intentée par la partie qui a perdu le procès à l'étranger ou un tiers. Cette action leur permet de ne pas laisser en suspens une situation juridique qui peut leur être préjudiciable et de tenter de bloquer les effets du jugement. Cette action, procéduralement inverse de celle d'un exequatur, suit les mêmes critères de contrôle que ceux utilisés pour l'exequatur. Cette action est très utile et la Convention ne devrait pas l'exclure. Cependant, pour les pays qui ne connaissent pas une telle action, il serait certainement difficile de leur demander d'instituer cette action nouvelle pour la mise en œuvre de la Convention. La disposition conventionnelle pourrait simplement prévoir que cette action en inopposabilité est possible à condition que le droit de l'État requis la connaisse. Il conviendra alors de prévoir quel sera le sort de cette décision en inopposabilité dans les autres pays de la Convention. Deux positions à cet égard peuvent être prises : (1) on peut considérer que cette décision ne sera valable que dans le pays dans lequel elle a été rendue ; (2) on peut également penser que cette décision puisse être reconnue dans les autres pays Parties à la Convention. Les avantages et inconvénients de chacune des deux branches de cette alternative sont bien connues. Dans le premier cas, le jugement étranger pourra continuer à développer ses effets dans tous les pays de la Convention sauf dans ceux où il aura été déclaré inopposable. Dans le deuxième cas, il y aura une meilleure uniformité de résultats mais l'inconvénient majeur est que la partie qui aura été la plus rapide et aura obtenu une décision d'inopposabilité dans un pays (qui pourrait d'ailleurs n'avoir aucun lien avec le litige ni les parties) empêcherait à ce moment-là le jugement d'avoir un quelconque effet dans tous les autres pays. Nous pensons que seule la première solution est conforme à une harmonie des relations privées internationales.

199 Il serait fort utile que la Convention prévoie les voies de recours à l'encontre des décisions d'exequatur ou décisions rendues sur le jugement ou des mesures d'enregistrement. La Convention pourrait donner une liste des juridictions devant lesquelles les voies de recours peuvent être portées. Cette liste sera mise à jour au fur et à mesure des déclara-

[206] On peut évidemment discuter du point de savoir s'il est excessif de conduire à la faillite une personne en raison d'une condamnation ou s'il s'agit simplement d'un événement normal de la vie des affaires.
[207] En annexe V au présent rapport (qui n'est pas reproduite dans ce tome mais est disponible à l'adresse <www.hcch.net>) figure l'extrait pertinent de ce texte.
[208] Les Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 (*op. cit.* note 32) parlent de procédure « expéditive », au No 38.

[209] *Ibid.*, No 39.

ments may include other awards which may not involve the same difficulties as the part of the judgment which awards the punitive damages. It would then be enough for the Convention to permit the court addressed, in this case and by way of exception, to grant enforcement of the foreign judgment only in part. This would be a solution close to the one admitted for conflicts with public policy; this solution, where the various heads of the judgment can be separated, enables enforcement to be avoided of one or more which are contrary to substantive public policy, while allowing the other heads of the judgment to be enforced on the territory of the State addressed.

(2) The second category includes judgments awarding multiple damages (for example in anti-trust cases in the United States of America). These multiple damages are calculated on the basis of a multiplier coefficient in relation to the initial award of damages in compensation made to the other party to the suit. It should be noted that, like the punitive damages in the first category, multiple damages are not compensatory in nature, but are intended to prevent future conduct by the losing party. The solution of partial enforcement proposed for the first category can be applied even more readily in the case of multiple damages since, in general, the amount of the basic damages to which the multiplier coefficient is applied is known. It will then be sufficient for the court addressed to consent to enforcement only for the basic portion of the damages.

(3) As for all other judgments awarding damages regarded as "excessive", the solution proposed above is not directly applicable, since these damages are by nature compensatory, but are regarded as excessive only by the court addressed or by courts other than the one which awarded them. If the Convention were to provide a special rule for these decisions, it would first have to be spelt out what is meant by "excessive damages". We think it is important not to leave the court addressed entirely free to define the concept, for itself and according to its own criteria. One possible definition would be to say that for the purposes of the court addressed, excessive damages are those which have nothing in common with the risks generally assessed by local insurance companies to calculate insurance premia when the judgment is on a subject falling within a domain covered by insurance, or if the enforcement of the damages would involve collective proceedings for the party who has to enforce them, such as insolvency or similar proceedings.[206] For these judgments, the Special Commission of June 1996 also emphasised the value of contemplating inclusion of a clause similar to the one proposed in Article 8 A of the draft bilateral Convention between the United Kingdom and the United States of America.[207]

Section 4 – Procedure

195 In the context of a worldwide convention, whether double or mixed, it seems difficult to specify a simplified procedure[208] for the enforcement of decisions. However, some principles could be laid down. If the effect to be given to the foreign judgment is not forced execution but some other effect (factual, title, proof, recognition), jurisdiction for this purpose must be given to the court adjudicating on the case during which the question of the effect of the foreign judgment arises. On the other hand, if the effect sought is forced execution, a specially appointed court must be given jurisdiction to order either *exequatur* in the countries which have this procedure, or action on the judgment, or registration in the others. It would be desirable for the Convention to designate by name the court having jurisdiction in each Contracting State. This could be done in the form of a declaration at the time of signing or ratifying the Convention. This declaration could also contain the kinds of remedies available in the State, and the courts competent to adjudicate on them.[209]

196 It has been suggested that the Convention should state the maximum period within which the enforcement procedure should take place. We are admittedly alive to this argument, which would prevent overlong enforcement procedures often voiding the interest of this procedure. The "didactic" nature of such a provision should not be ignored either. However, if it is too severe the Convention may miss its goal, by discouraging States from ratifying it.

197 It is quite possible for this procedure to be unilateral initially. The court would then have an obligation to verify *ex officio* the existence of the judgment, the jurisdiction of the foreign court and the absence of any conflict with procedural public policy. Of course, this *ex officio* verification might be confined to checking for "manifestly contrary" elements.

198 Provision should also be made for actions for a declaration that the judgment is not entitled to recognition, *i.e.*, actions brought by the party who has lost the case abroad, or a third party. Such an action enables them not to leave in suspense a legal situation which may be prejudicial to them, and to seek to block the effects of the judgment. This action, which procedurally is the reverse of an *exequatur*, follows the same criteria for verification as the latter. This is a very useful action which should not be excluded from the Convention. However, where countries have no such procedure, it would be difficult to ask them to introduce it solely in order to implement the Convention. The clause in the Convention could simply provide that an action for ineffectiveness is possible as long as it is available in the law of the State addressed. It must then be decided what will be the fate of a decision on such an action in the other Convention countries. There are two possible approaches: (1) it could be considered that the decision is to be valid only in the country where it was made; (2) it could be decided to recognise it in the other countries Parties to the Convention. The advantages and drawbacks of both alternatives are well known. In the former case, the foreign judgment can continue to have effect in all Convention countries, except in those where it has been declared inoperative. In the second case, the results will be more uniform but the chief drawback is that the party who has acted more swiftly and has obtained a decision on ineffectiveness in one country (which might have no connection with the case or with the parties) would then prevent the judgment from having any effect in all the other countries. We think that only the former solution is conducive to harmony in private international relations.

199 It would be very useful for the Convention to specify remedies against *exequatur* decisions or decisions rendered on the judgment, or registration measures. The Convention could include a list of courts in which such applications can be heard. This list would be updated as States Parties

[206] Obviously, it is debatable whether it is indeed excessive to induce bankruptcy of a person by reason of a judgment or whether this is the normal event in the course of business.
[207] Annex V to this report (which has not been reproduced in this tome but is available at <www.hcch.net>) contains the pertinent extract of that text.
[208] The Conclusions of the Special Commission of June 1994 (*op. cit.* note 32) refer to an "expedited" procedure, at No 38.

[209] *Ibid.*, No 39.

tions des États parties. Comme pour la procédure d'exequatur elle-même, les procédures sur voies de recours pourraient également être assorties d'un délai connu de tous. Toutefois, force est de reconnaître que tout ceci alourdirait sensiblement la Convention. On pourrait alors envisager qu'à l'occasion de cette Convention soit mis au point un manuel pratique détaillé des procédures d'exequatur dans les différents États contractants. L'intérêt d'un tel manuel ne serait évident que si une très large diffusion lui est donnée par l'intermédiaire des associations internationales de barreaux et éventuellement des associations professionnelles et de consommateurs.

CHAPITRE IV – INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION ET SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE

Section 1 – Interprétation uniforme

200 On peut penser qu'une interprétation uniforme de la Convention est souhaitable[210]. Pour ce faire, un assez large éventail d'options existe qui va de la simple collecte systématique des décisions des juridictions des États parties et de leur diffusion, à la préparation d'opinions ou avis interprétatifs généraux et à l'organisation d'une juridiction internationale chargée de donner des interprétations obligatoires. Bien entendu, les États parties n'auront pas à leur disposition une juridiction telle la Cour de justice des Communautés européennes pour la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968[211]. Toutefois, on pourrait imaginer de constituer des panels interprétatifs *ad hoc*, au fur et à mesure des questions qui seraient rencontrées dans la pratique. L'idée serait la suivante :

(1) Chaque État ratifiant la Convention désignerait deux experts, parfaitement au fait des questions tant théoriques que pratiques de compétence juridictionnelle internationale et d'exécution des jugements, ainsi que, plus généralement, de procédures civiles et commerciales, pour faire partie d'une liste d'experts détenue par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en cas de nécessité de réunion d'un panel interprétatif.

(2) Lorsqu'une juridiction d'un État partie à la Convention rencontrerait une difficulté d'interprétation, elle adresserait sa question au Bureau Permanent.

(3) Dans un délai relativement bref, à déterminer, le Bureau Permanent et / ou les parties seraient chargées de constituer un panel interprétatif de trois experts.

(4) La constitution de ce panel suivrait des règles prédéterminées (notamment il devrait être décidé d'avance si un expert désigné par le pays d'où émane la juridiction qui a posé la question en interprétation pourrait ou devrait faire partie du panel ou, au contraire, devrait en être exclu).

(5) Les membres du panel recevraient la question en interprétation et pourraient, s'ils le jugent utile, se réunir à La Haye dans les locaux du Bureau Permanent.

(6) Les parties au litige seraient entendues sous une forme prédéterminée (par ex. uniquement par écrit pour éviter des délais trop longs).

(7) Les membres du panel ne recevraient aucune rémunération spécifique pour ce travail, mais leurs frais seraient intégralement couverts par une portion du budget du Bureau Permanent qui serait attribuée spécialement à cet effet.

201 Si une telle idée était retenue, il conviendrait de s'interroger sur le sort des interprétations données par ces panels, non seulement par rapport à la juridiction qui a posé la question en interprétation, mais également par rapport à toutes les autres juridictions des États parties qui pourraient se trouver, à l'avenir, dans des cas identiques, confrontées à une même question. Bien entendu, l'efficacité de l'utilisation des ressources financières prévues à cet effet militerait en faveur d'une application obligatoire de ces interprétations non seulement par la juridiction qui a posé la question en interprétation, mais également par toutes les juridictions des États parties. Les avantages et les inconvénients d'une telle conséquence devront être plus amplement discutés.

Section 2 – Suivi de la mise en œuvre

202 Le suivi de la mise en œuvre de la future Convention pourrait être effectué au cours de Commissions spéciales réunies périodiquement, ainsi que le Bureau Permanent en a organisées, avec succès, pour d'autres Conventions de La Haye.

203 La particularité de la future Convention c'est qu'elle ne prévoit pas d'Autorités centrales et que les délégués habituellement envoyés par les États pour participer à ces Commissions spéciales de suivi n'auront pas forcément une connaissance concrète de la mise en œuvre de la Convention dans leur juridiction. C'est pourquoi il est suggéré ici que les Commissions spéciales de suivi de la future Convention soient organisées avec des juges en activité. On pourrait imaginer que ces Commissions spéciales soient préparées au niveau national par des séminaires de juges au cours desquels la synthèse de la pratique nationale pourrait être faite, synthèse qui serait ensuite présentée au cours de la Commission spéciale de suivi par un délégué de ces séminaires de juges.

[210] Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996 (*op. cit.* note 37), No 20.
[211] Pour justifier en partie l'idée selon laquelle la future Convention pourrait s'inspirer des Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Bureau Permanent avait insisté sur l'aide fort utile de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes y compris pour la Convention de Lugano grâce à son Protocole No 2 incitant les tribunaux des États contractants à tenir « dûment compte » de cette jurisprudence, cf. Doc. prél. No 17 de mai 1992 (*op. cit.* note 8), p. 236, No 16.

made their declarations. As for the *exequatur* procedure itself, the remedy procedures could also be subject to a time limit known to all. However, it has to be recognised that all this would considerably burden the text of the Convention. Consideration might therefore be given to producing, when the Convention is completed, a practical detailed handbook on the *exequatur* procedures in the various Contracting States. The value of such a handbook would only be obvious if it is widely circulated through international bar associations and perhaps through professional and consumer organisations.

CHAPTER IV – INTERPRETATION OF THE CONVENTION AND REVIEW OF OPERATION

Section 1 – Uniform interpretation

200 A uniform interpretation of the Convention may be thought desirable.[210] To that effect, a large array of options exists ranging from the simple systematic collection of decisions of the States Parties and their distribution, to the preparation of opinions or general advisory interpretations or the organisation of an international court assigned the task of giving binding interpretations. Of course, States Parties will not have available to them a court such as the European Court of Justice for the Brussels Convention of 27 September 1968.[211] However, it might be possible to set up *ad hoc* interpretative panels, to deal with issues encountered in practice as they arise. This would work as follows:

(1) Each State ratifying the Convention would appoint two experts, thoroughly versed in both the theoretical and the practical aspects of international jurisdiction and the enforcement of judgments, as well as, more generally, in civil and commercial proceedings, to join a list of experts held by the Permanent Bureau of the Hague Conference, if it is necessary for an interpretative panel to meet.

(2) When a court in a State Party to the Convention encountered a problem of interpretation, it would address the question to the Permanent Bureau.

(3) Within a relatively short period, to be decided, the Permanent Bureau and / or the parties would be responsible for setting up an interpretative panel of three experts.

(4) The constitution of the panel would follow predetermined rules (for instance, it should be decided in advance whether an expert appointed by the country of the court which has put the question for interpretation could join the panel, or should be debarred).

(5) The members of the panel would receive the question for interpretation and could, if they wished, meet in The Hague at the premises of the Permanent Bureau.

(6) The parties to the dispute would be heard in a predetermined form (for example, only in writing to avoid excessive delays).

(7) The members of the panel would not receive any specific remuneration for this work, but all their expenses would be covered by a portion of the budget of the Permanent Bureau, specially allocated for this purpose.

201 If this idea were adopted, it would be necessary to decide what is to become of the interpretative decisions of these panels, not only in relation to the court which put the question for interpretation, but also in relation to all the other courts in the States Parties which may, in future, face the same question in identical circumstances. Of course, the effective use of the funds provided for this purpose would argue for compulsory application of these interpretations, not only by the court which put the question for interpretation, but also by all the courts in the States Parties. The advantages and drawbacks of this outcome would need to be discussed in more detail.

Section 2 – Review of operation

202 The implementation of the future Convention could be reviewed during Special Commissions meeting on a regular basis, such as those the Permanent Bureau has successfully organised for other Hague Conventions.

203 The particular feature of the future Convention is that it does not specify any Central Authorities, and the experts usually sent by States to take part in the review Special Commissions will not necessarily have concrete knowledge of how the Convention is being implemented in their jurisdiction. It is therefore suggested that the review Special Commissions for the future Convention should consist of serving judges. These Special Commissions could perhaps be prepared at the national level by judges' seminars, during which current national practice could be reviewed; this review would then be presented during the review Special Commission by an expert from these judges' seminars.

[210] *Cf.* Conclusions of the Special Commission of June 1996 (*op. cit.* note 37), No 20.
[211] As partial justification for the idea that the future Convention could be based on the Brussels and Lugano Conventions, the Permanent Bureau emphasised the valuable assistance of the case law of the Court of Justice of the European Communities, including for the Lugano Convention, thanks to its Protocol No 2 which invites Contracting States to take due account of this case law; *cf.* Prel. Doc. No 17 of May 1992 (*op. cit.* note 8), p. 237, No 16.

ANNEXE I

Résolution de l'Association de droit international (Helsinki, août 1996)
Comité sur la procédure civile et commerciale internationale
Mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international – Principes

CHAMP D'APPLICATION DES PRINCIPES

1 Les mesures provisoires ou conservatoires poursuivent deux objectifs principaux dans le contentieux civil et commercial :

(a) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché ; ou

(b) saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir.

2 Les présents principes sont destinés à être d'application générale dans le contentieux privé international. Toutefois, ils ont été rédigés en ayant à l'esprit une situation type appartenant à la catégorie énoncée au paragraphe 1(b) ci-dessus, ayant trait à des mesures de blocage des biens du défendeur sous la forme de fonds déposés sur un compte bancaire.

CARACTÉRISTIQUES DE LA MESURE

3 Sur une base non discriminatoire, les États devraient mettre à la disposition des plaideurs des mesures provisoires ou conservatoires permettant de saisir des biens destinés à satisfaire les condamnations résultant du jugement à intervenir.

4 L'octroi de telles mesures devrait être soumis à la libre appréciation du juge. Elles devraient pouvoir être ordonnées :

(a) si le demandeur démontre la vraisemblance de son action au fond, sans que les éléments de preuve qui lui sont demandés soient appréciés aussi strictement que pour l'action au fond elle-même, en vertu de la loi applicable à celle-ci ; et

(b) si le demandeur démontre que le dommage potentiel qu'il pourrait subir est plus important que celui que le défendeur pourrait subir.

5 Le défendeur ne devrait pas être en droit de protéger ses biens derrière le voile de la personnalité morale d'une entité juridique séparée ou d'autres subterfuges.

6 Le demandeur devrait faire en sorte que le défendeur soit promptement informé de la décision rendue, nonobstant toute formalité de notification de la décision, prescrite par la loi, et les conséquences juridiques qui peuvent en découler.

7 Le défendeur devrait avoir le droit d'être entendu dans un délai raisonnable et de contester la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée.

8 Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommage causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé.

9 Le demandeur devrait avoir accès à des informations concernant les biens du défendeur, soit de plein droit soit sur décision de justice.

MESURES ORDONNÉES À L'APPUI D'UNE ACTION AU FOND PORTÉE DEVANT UNE JURIDICTION ÉTRANGÈRE

10 La compétence juridictionnelle pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires devrait être indépendante de la compétence juridictionnelle sur le fond.

11 La seule présence de biens sur le territoire d'un État devrait constituer un chef de compétence suffisant pour octroyer des mesures provisoires ou conservatoires sur ces biens.

12 Un tribunal devrait pouvoir prononcer des mesures provisoires ou conservatoires seulement si le demandeur introduit une action au fond dans un délai raisonnable dans le for (s'il est compétent pour l'action au fond) ou à l'étranger (mais le tribunal ne prendra pas des mesures à l'appui d'une action au fond à l'étranger s'il n'existe pas une possibilité raisonnable que le jugement rendu par le tribunal étranger soit exécuté dans le for).

13 La mesure provisoire ou conservatoire devrait avoir une validité temporelle spécifiée et limitée. Son éventuel renouvellement doit être prononcé au regard des développements survenus devant le tribunal où l'action au fond est en cours d'examen.

14 Il est concevable qu'à la demande du défendeur, le tribunal compétent au fond puisse exercer un rôle de supervision sur les mesures provisoires ou conservatoires octroyées à l'étranger, en appréciant notamment si ces mesures cumulées sont justifiées compte tenu de l'action dans son ensemble et de la somme réclamée.

15 Le demandeur de mesures provisoires ou conservatoires doit informer le tribunal saisi d'une telle demande, de l'état d'autres demandes de même nature présentées à l'étranger ou de l'action au fond se déroulant à l'étranger. Il n'est pas exclu que les États habilitent leurs tribunaux, lorsque cela est possible, à communiquer directement avec les autorités judicaires concernées à l'étranger.

PORTÉE TERRITORIALE DE LA MESURE

16 Un tribunal qui exerce légitimement sa compétence au fond devrait avoir le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires en ordonnant au défendeur en personne de bloquer ses biens, quelle qu'en soit la localisation.

17 Un tribunal qui n'exerce pas une compétence au fond, mais seulement pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, verra cette compétence limitée aux seuls biens localisés sur son territoire. Sous réserve du droit international, les règles nationales (y compris les règles de conflit de lois) déterminent la localisation des biens.

RECONNAISSANCE À L'ÉTRANGER ET COOPÉRATION JUDICIAIRE INTERNATIONALE

18 À la demande de l'une des parties, un tribunal peut prendre en considération des décisions prises par d'autres tribunaux.

Résolution de l'ILA

ANNEX I

International Law Association resolution (Helsinki, August 1996)
Committee on International Civil and Commercial Litigation
Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation

SCOPE OF PRINCIPLES

1 Provisional and protective measures perform two principal purposes in civil and commercial litigation:

(a) to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or

(b) to secure assets out of which an ultimate judgment may be satisfied.

2 These Principles are intended to be of general application in international litigation. But they were drafted bearing in mind a paradigm case under category (b) above of measures to freeze the assets of the defendant held in the form of sums on deposit in a bank account with a third party bank.

NATURE OF THE REMEDY

3 States should make available without discrimination provisional and protective measures with the objective of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied.

4 The grant of such relief should be discretionary. It should be available:

(a) on a showing of a case on the merits on a standard of proof which is less than that required for the merits under the applicable law; and

(b) on a showing that the potential injury to the plaintiff outweighs the potential injury to the defendant.

5 The defendant should not be entitled to hide his assets behind a corporate veil or other subterfuge.

6 The plaintiff should ensure that the defendant be informed promptly of the order, notwithstanding any formal legal requirements for service of the order and the legal consequences which may flow from service.

7 The defendant should have the right to be heard within a reasonable time and to object to the provisional and protective measure ordered.

8 The court should have authority to require security or other conditions from the plaintiff for the injury to the defendant or to third parties which may result from the granting of the order. In determining whether to order security, the court should consider the availability of the plaintiff to respond to a claim for damages for such injury.

9 Provision should be made for access to information either through operation of law or by court order in appropriate cases as to the defendant's assets.

ANCILLARY PROCEEDINGS

10 The jurisdiction to grant provisional and protective measures should be independent from jurisdiction on the merits.

11 The mere presence of assets within a country should be a sufficient basis for the jurisdiction to grant provisional and protective measure in respect of those assets.

12 It should be a condition for the court exercising jurisdiction to grant provisional and protective measures that a substantive action is filed within a reasonable time either in the forum (if it has substantive jurisdiction) or abroad (but the court shall not act in aid of a substantive action abroad if there is no reasonable possibility of the judgment rendered on the substance in the foreign court being enforceable in the forum).

13 The provisional and protective measure should be valid for a specified limited time. The court should consider renewal in the light of developments in the court where the substantive action is underway.

14 There may be scope for the court exercising substantive jurisdiction to play a supervisory role, on the application of the defendant, over provisional and protective measures granted in other countries, considering in particular whether in aggregate those measures are justifiable in the light of the action as a whole, and the amount claimed in it.

15 The applicant for provisional and protective measures must inform the requested court of the current status of proceedings for provisional and protective measures and on the merits in other countries. The possibility is not even excluded of states conferring on their courts permission, where authorised, to communicate directly with relevant judicial authorities in other countries.

TERRITORIAL SCOPE

16 Where the court is properly exercising jurisdiction over the substance of the matter, it should have the power to issue provisional and protective orders addressed to a defendant personally to freeze his assets, irrespective of their location.

17 Where the court is not exercising jurisdiction over the substance of the matter, and is exercising jurisdiction purely in relation to grant of provisional and protective measures, its jurisdiction shall be restricted to assets located within the jurisdiction. Subject to international law, national rules (including rules of the conflict of laws) will determine the location of assets.

CROSS BORDER RECOGNITION AND INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE

18 At the request of a party, a court may take into account orders granted in other jurisdictions.

ILA Resolution

19 De plus, un tribunal devrait coopérer, si nécessaire, afin de préserver l'efficacité des mesures prononcées par d'autres tribunaux, tout en ordonnant éventuellement les mesures locales appropriées.

20 Ceci peut nécessiter une reconnaissance plus large des mesures prononcées à l'étranger. Le fait qu'une décision étrangère porte sur une mesure provisoire et non sur une mesure définitive mettant fin au litige ne doit pas être en lui-même un obstacle à sa reconnaissance ou à son exécution.

FORUM ARRESTI ET *FORUM PATRIMONII*

21 Le fait qu'un tribunal ait ordonné une mesure provisoire ou conservatoire ne constitue pas en lui-même un chef de compétence sur le fond, que la demande au fond soit limitée ou non à la valeur des biens bloqués.

DEMANDES EN PAIEMENT D'UNE PROVISION

22 Les procédures nationales qui permettent d'ordonner un paiement par provision (paiement effectué au bénéfice du demandeur qui peut être ensuite révisé au moment du jugement définitif sur le fond) ne peuvent être qualifiées de mesures provisoires ou conservatoires dans le contentieux privé international.

(traduction établie par Catherine Kessedjian et Patrick Kinsch, octobre 1996)

19 Further, a court should co-operate where necessary in order to achieve the efficacy of orders issued by other courts, and consider the appropriate local remedy.

20 This may require an extended recognition of foreign court orders. The fact that an order is provisional in nature, rather than final and conclusive, should not by itself be an obstacle to recognition or enforcement.

FORUM ARRESTI AND *FORUM PATRIMONII*

21 The fact that the court has granted a provisional and protective measure does not in itself found jurisdiction over the substantive claim, whether or not limited to the value of the frozen assets.

INTERIM PAYMENTS

22 The procedure in domestic law under which the court may order an interim payment (i.e. an outright payment to the plaintiff which may be subsequently revised on final judgment) is not a provisional and protective measure in the context of international litigation.

Commission spéciale
Special Commission

Note du Bureau Permanent

Conformément à la tradition ne sont pas reproduits les Documents de travail et Procès-verbaux des séances de la Commission spéciale.
Bien que le Rapport établi par *Justice* Peter E. Nygh et le professeur Fausto Pocar et les Observations des Gouvernements fassent parfois référence à de tels documents, ces citations, destinées aux experts gouvernementaux en vue de la préparation de la Session plénière, n'ont plus une grande importance pour le lecteur des Actes et documents et elles n'ont été maintenues dans le texte que pour signaler les endroits où les co-Rapporteurs et les Gouvernements ont évoqué expressément les travaux de la Commission spéciale.

Notice by the Permanent Bureau

As in the past, the Working Documents and the Minutes of the Special Commission's meetings have not been reproduced in this volume.
Although the Report of Justice Peter E. Nygh and Professor Fausto Pocar and the Comments of the Governments refer to such documents, these citations, which were intended to assist the governmental experts in preparing for the Plenary Session, are not essential for the reader of the Proceedings; they have been retained in the text in order to indicate the places where the co-Reporters and the Governments made specific reference to the Special Commission's discussions.

Liste des participants à la Commission spéciale*

List of participants in the Special Commission meetings*

La Commission spéciale a siégé du 17 au 27 juin 1997 et du 3 au 13 mars 1998.

The Special Commission met from 17 to 27 June 1997 and from 3 to 13 March 1998.

EXPERTS DES ÉTATS MEMBRES REPRÉSENTÉS
EXPERTS OF THE MEMBER STATES REPRESENTED

Allemagne/Germany
Mr *Rolf Wagner*, *Regierungsdirektor*, Head of the Section for Private International Law, Federal Ministry of Justice, Bonn
Mr *F. Michlik*, *Oberregierungsrat*, Section for Private International Law, Federal Ministry of Justice, Bonn

Argentine/Argentina
H.E. Justice *Antonio Boggiano*, Judge and former President of the Supreme Court; Professor of private international law at the University of Buenos Aires

Australie/Australia
Mr *Gavan Griffith*, Q.C., Solicitor-General of Australia, Canberra, Barrister, Melbourne
The Honourable Mr Justice *Peter E. Nygh*, Visiting Professor, University of New South Wales, Sydney
Ms *K. Eastman*, Senior Legal Officer, Human Rights and Equal Opportunity Commission, Sydney *(Adviser)*

Autriche/Austria
Mr *Christoph Brenn*, Judge, Federal Ministry of Justice, Vienna

Belgique/Belgium
M. *Jacques H.L. Matthys*, conseiller juridique, Administration de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles
Mme *Tina Scholiers*, conseiller adjoint, Ministère des Affaires étrangères, Bruxelles
M. *Jean-Pierre Bedin*, conseiller adjoint, Administration de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles

Canada
Mr *T. Bradbrooke Smith*, Q.C., Ottawa
Mme *Louise Lussier*, conseillère juridique, Section des politiques de droit public, Ministère de la Justice, Ottawa
Mr *Darcy McGovern*, Crown Counsel, Department of Justice of the Province of Saskatchewan, Regina
Mme *Frédérique Sabourin*, avocate, Direction du droit administratif et privé, Ministère de la Justice du Québec, Ste-Foy
Mr *Gregory K. Steele*, Barrister and Solicitor, Steele Urquhart Payne, Vancouver
Mr *H. Scott Fairley*, Barrister and Solicitor, Partner Lang Michener; Adjunct Professor of Law, Queen's University, Kingston
Mme *Isabelle Daoust*, avocate, Heenan Blaikie, Montréal

Chine/China
Mrs *Xue Hanqin*, Deputy Director General, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Xu Hong*, Deputy Director, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mrs *Dong Li Ping*, Consultant, Foreign Affairs Bureau, Supreme People's Court, Beijing
Mr *Hu Bin*, Attaché, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Yi Xianliang*, Second Secretary, Embassy of the People's Republic of China, The Hague
Ms *Guo Xiaomei*, Attaché, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Zongyi Fei*, Member of Consultative Committee, Supreme People's Court, Beijing

Chypre/Cyprus
Miss *Nafsika Krousti*, Counsellor, Embassy of the Republic of Cyprus, The Hague

République de Corée/Republic of Korea
Mr *Sung-Chul Kim*, Counsellor, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Young-Hill Liew*, Judge, Seoul High Court; Director of International Affairs, Ministry of Court Administration, Supreme Court of the Republic of Korea, Seoul
Mr *Kwang-Hyun Suk*, Lawyer, Kim & Chang, Seoul

Croatie/Croatia
Mr *Krešimir Sajko*, Professor of law at the Zagreb Faculty of Law
Mrs *Ljerka Alajbeg*, Plenipotentiary Minister; Head of the Department of International Law, Ministry of Foreign Affairs, Zagreb
Mrs *Lidija Lukina-Karajkovic*, Assistant Minister, Ministry of Justice, Zagreb

Danemark/Denmark
Mr *Allan Philip*, Professor; Lawyer, Philip & Partners, Copenhagen
Mr *Peter Arnt Nielsen*, Head of Section, Law Department, Ministry of Justice, Copenhagen

Espagne/Spain
Mme *Alegria Borrás*, professeur de droit international privé à l'Université de Barcelone

États-Unis d'Amérique/United States of America
Mr *Peter H. Pfund*, Special Adviser for Private International Law, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mr *Ronald A. Brand*, Professor of Law, University of Pittsburgh School of Law, Pittsburgh, PA
Mr *Paul R. Dubinsky*, Professor of International Law, New York Law School, NY
Mr *Sean D. Murphy*, Legal Counsellor, Embassy of the United States of America, The Hague
Mr *Arthur T. von Mehren*, Story Professor of Law, Emeritus, Harvard University, Cambridge, MA
Mr *David Epstein*, Director, Office of Foreign Litigation, Department of Justice, Washington, DC
Mr *Edward C.Y. Lau*, Association of Trial Lawyers of America, San Francisco, CA

* Figurent dans cette liste tous les experts et observateurs ayant participé aux travaux, qu'ils aient assisté à la Première ou à la Deuxième réunion.
* This list includes all experts and observers who participated in the discussions whether they attended the First or the Second Meeting.

Mr *Donald H. Rivkin*, Senior Counsel, Schnader Harrison Segal & Lewis, New York, NY; representing American Bar Association, Section of International Law and Practice, Section of Litigation
Mr *Peter D. Trooboff*, Attorney-at-Law, Partner Covington & Burling, Washington, DC

Finlande/Finland
Mr Justice *Gustaf Möller*, Supreme Court of Finland, Helsinki

France
Mme *Hélène Gaudemet-Tallon*, professeur à l'Université de Paris II
Mme *Marie-Odile Baur*, magistrat, Bureau du droit européen et international en matière civile et commerciale, Ministère de la Justice, Paris
M. *Olivier Tell*, magistrat à l'Administration centrale, Bureau du droit européen et international en matière civile et commerciale, Ministère de la Justice, Paris
Mlle *Michèle Graff*, magistrat; chef du bureau Affaires juridiques, Contentieux général, Ministère de l'Économie et des Finances, Paris

Grèce/Greece
M. *Ioannis Voulgaris*, professeur de droit international privé; directeur du Département d'études internationales de la Faculté de droit de l'Université «Democritos» de Thrace, Komotini; président du Comité hellénique de droit international privé

Hongrie/Hungary
Ms *Mária Kurucz*, Legal Adviser, Department of International Law, Ministry of Justice, Budapest

Irlande/Ireland
Mrs *Mary Cooke*, Legal Adviser, Office of the Attorney General, Dublin
Mr *Michael Gleeson*, Assistant Principal, Department of Equality and Law Reform, Dublin
Mr *Feargal O'Dubhghaill*, Legal Assistant, Office of the Attorney General, Dublin
Mr *Arthur Plunkett*, Barrister-at-Law; Member of the Law Reform Commission, Dublin
Miss *Lia O'Hegarty*, Senior Legal Researcher, Law Reform Commission, Dublin

Israël/Israel
Mr *Chaim I. Goldwater*, Consultant on Private International Law, Ministry of Justice, Jerusalem
Mr *Benjamin Rubin*, Head of International Matters, Legal Advice and Legislation Division, Ministry of Justice, Jerusalem

Italie/Italy
M. *Fausto Pocar*, professeur de droit international et de droit international privé à l'Université de Milan

Japon/Japan
Mr *Masato Dogauchi*, Professor, Faculty of Law, University of Tokyo
Mr *Kunio Koide*, Attorney, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice; Treaties Bureau, Ministry of Foreign Affairs, Tokyo
Mr *Masaru Hara*, Counsellor, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
Mr *Hibiku Shimizu*, First Secretary, Embassy of Japan, The Hague

Luxembourg
M. *Thierry Hoscheit*, magistrat, Palais de Justice

Maroc/Morocco
M. *Jaouad Idrissi-Qaïtoni*, président de chambre à la Cour suprême; chef du Service de l'Entraide judiciaire internationale, Ministère de la Justice, Rabat
Mme *Samira Meddoun*, magistrat, Ministère de la Justice, Rabat
M. *Noureddine Belabbes*, conseiller, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
M. *Azzeddine Farhane*, premier secrétaire, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
M. *Mimoun Hajji*, conseiller à la Cour suprême; juge à l'Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye

Mexique/Mexico
Mr *Armando Arriazola*, Minister, Embassy of Mexico, The Hague
Mr *José-Luis Siqueiros*, Legal Adviser to the Mexican Ministry of Foreign Affairs, Mexico City

Monaco
M. *Jean-Charles Labbouz*, juge au Tribunal de Première Instance de Monaco

Norvège/Norway
Ms *Torunn E. Kvisberg*, Senior Executive Officer, Legal Department, Ministry of Justice, Oslo

Pays-Bas/Netherlands
M. *Antoon (Teun) V.M. Struycken*, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue; président de la Commission d'État néerlandaise pour la codification du droit international privé
Mr *Paul Vlas*, Professor of private international and comparative law at the Free University of Amsterdam
M. *Frans J.A. van der Velden*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye

Pologne/Poland
Mme *Wieslawa Skievkowska*, juge, Ministère de la Justice, Varsovie

Portugal
Mme *Isabel M. de Magalhães Collaço*, professeur (ém.) à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne

Roumanie/Romania
M. *Octavian Capatina*, professeur à la Faculté de droit de Bucarest; expert en droit international privé et en droit du commerce, Ministère de la Justice, Bucarest
M. *Stefan Stoica*, premier secrétaire, Ambassade de Roumanie, La Haye

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *John A.C. Watherston*, Head of International Division, Lord Chancellor's Department, London
Mr *Peter M. Beaton*, Deputy Director; Head of the Legal Policy Division, Scottish Courts Administration, Edinburgh
Mr *Paul R. Beaumont*, Professor of European Union and Private International Law, University of Aberdeen

Slovaquie/Slovakia
Mr *Miloš Haťapka*, Head of International Treaties Division, Ministry of Justice, Bratislava
Mr *Juraj Šikra*, Counsellor, Embassy of the Slovak Republic, The Hague

Suède/Sweden
Mr *Göran Anér*, Deputy Director, Division of Procedural Law and Civil Enforcement, Ministry of Justice, Stockholm

Ms *Cecilia Renfors*, Legal Adviser, Division of Procedural Law and Civil Enforcement, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
Mme *Monique Jametti Greiner*, vice-directrice, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Alexander R. Markus*, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Andreas Bucher*, professeur à l'Université de Genève

République tchèque/Czech Republic
Mr *Milan Holub*, Chairman of the Chamber of the High Court of the Czech Republic, Prague

Uruguay
H.E. Mr *J.A. Pacheco Ramirez*, Ambassador of Uruguay, The Hague

Venezuela
Ms *Beatriz Gerbasi-Drastrup*, Minister-Counsellor, Embassy of the Republic of Venezuela, The Hague

OBSERVATEURS – OBSERVERS

REPRÉSENTANTS D'ÉTATS INVITÉS – REPRESENTATIVES FOR INVITED STATES

Afrique du Sud/South Africa
Mr Justice *John Hlophe*, Judge of the High Court of South Africa, Cape Town
Mr *Albert Warnich*, Counsellor, Embassy of the Republic of South Africa, The Hague

Brésil/Brazil
Mme *Janine-Monique Bustani*, conseiller, Ambassade du Brésil, La Haye

Brunei Darussalam
Miss *Alice Khan*, Deputy Senior Counsel, Attorney General's Chambers, Ministry of Law
Mrs *Dk Rostaina Pg Hj Duraman*, Magistrate, Judicial Department, Supreme Court

République de Corée/Republic of Korea
Mr *K.H. Cho*, Minister-Counsellor, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Young-Hill Liew*, International Affairs Director, Court Administration's Office, Supreme Court of Korea; Judge, Seoul High Court
Mr *Kwang Hyun Suk*, Lawyer; Member of the Korea Private International Law Association, Seoul

Costa Rica
Mr *Gustavo A. Campos Fallas*, Minister Counsellor, Embassy of the Republic of Costa Rica, The Hague

Géorgie/Georgia
Ms *Mariam Mirianashvili*, Member of Parliament, Chief of the Subcommittee of Women and Children Protection and Family Development Issues, Tbilisi
Miss *Tamta Tsutsunava*, Senior Specialist, Parliament of Georgia, Tbilisi
Mr *Vasil Kvirikashvili*, Head of the Department of the State and Law, Academy of Science of Georgia, Tbilisi; Member of the IBA of the Parliament of Georgia

Indonésie/Indonesia
Mr *Mangasi Sihombing*, Head of Political Department; Minister-Counsellor, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague
Mr *Ashariyadi*, First Secretary, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague

Malaisie/Malaysia
Miss *Salwani Abdullah*, Federal Counsel, Legal Division, Ministry of Foreign Affairs, Kuala Lumpur

Philippines
Mr *Eduardo M.R. Meñez*, Second Secretary, Embassy of the Republic of the Philippines, The Hague

Fédération de Russie/Russian Federation
Mrs *Tatiana Gureeva*, Counsellor, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow

Thaïlande/Thailand
Mr *Pongdej Wanichkittikul*, Judge, Ministry of Justice, Bangkok
Mr *Cherdkiat Atthakor*, First Secretary, Royal Thai Embassy, The Hague

Tunisie/Tunisia
M. *Mohamed Lejmi*, procureur général de la République; directeur des Services judiciaires, Ministère de la Justice, Tunis

Ukraine
Mr *Andrii Sybiha*, Attaché, Legal & Treaty Department, Ministry of Foreign Affairs, Kiev

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Organisation des Nations Unies
United Nations
M. *Renaud Sorieul*, administrateur au Bureau des affaires juridiques de l'ONU, Service du droit commercial international, Vienne, Autriche

Secrétariat pour les Pays du Commonwealth
Commonwealth Secretariat
Mr *J. David McClean*, Consultant on Private International Law to the Commonwealth Secretariat; Professor of Law, University of Sheffield, United Kingdom

Comité consultatif juridique afro-asiatique
Asian-African Legal Consultative Committee
Mr *Asghar Dastmalchi*, Assistant Secretary General, New Delhi, India

Conseil de l'Union européenne
Council of the European Union
M. *Fernando R. Paulino Pereira*, administrateur principal, Direction générale « H » (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général, Bruxelles, Belgique
Mme *Thérèse Blanchet*, administrateur, Service juridique, Secrétariat général, Bruxelles, Belgique
M. *Jan-Peter Hix*, membre du Service juridique, Secrétariat général, Bruxelles, Belgique

Commission européenne
European Commission
Mme *Anne-Marie Rouchaud*, administrateur, Coopération judiciaire civile, Task Force « Justice et affaires intérieures », Bruxelles, Belgique
Ms *Mirjam Söderholm*, administrateur principal, Direction générale XV Marché intérieur et services financiers, Bruxelles, Belgique

Banque européenne pour la reconstruction et le développement
European Bank for Reconstruction and Development
Mr *Gerard Sanders*, Chief Counsel, Office of the EBRD General Counsel, London, United Kingdom

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

International Law Association
Mr *Campbell A. McLachlan*, Rapporteur of ILA Committee on International Civil & Commercial Litigation, London, United Kingdom
M. *Patrick Kinsch*, avocat à la Cour, Luxembourg
Ms *Inés M. Weinberg de Roca*, Professor of Private International Law, Buenos Aires, Argentina

Association internationale du Barreau
International Bar Association
Mr *Michael S. Polonsky*, Solicitor, London, United Kingdom
Mr *Paul M. Storm*, Professor of Law at Nijenrode University; Partner, Nauta Dutilh, Rotterdam, Netherlands

Union internationale des avocats
International Association of Lawyers
M. *Tito Ballarino*, professeur de droit international à l'Université de Padoue, Italie; président de la Commission DIP de l'UIA

Fédération interaméricaine des avocats
Inter-American Bar Association
Mr *Pablo E. de Rosas*, Professor of Private International Law at the University of Mendoza; Attorney at Law, Buenos Aires Bar and Mendoza Bar, Argentina

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries
M. *Jeffrey A. Talpis*, notaire à Montréal; professeur de droit international privé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Canada
Mr *Matthijs H. ten Wolde*, Deputy Civil Law Notary; Assistant Professor at the University of Groningen, Netherlands
Mr *Karel D. de Lange*, former Civil Law Notary in Enschede, Netherlands
M. *Maarten R. Meijer*, notaire à Amsterdam, Pays-Bas

Association internationale de droit judiciaire
International Association of Procedural Law
M. *Bertel de Groote*, conseiller, Chambre des Représentants, Bruxelles, Belgique

Union internationale des Huissiers de justice et Officiers judiciaires
International Union of Judicial Officers
M. *Leo C.J. Netten*, huissier de justice; secrétaire de l'UIHJ, Tilburg, Pays-Bas
M. *Luc Claes*, huissier de justice; membre du Bureau exécutif de l'UIHJ, Bruxelles, Belgique
M. *Thierry Bary*, huissier de justice, Paris, France

Association Européenne des Juristes d'Entreprise
European Company Lawyers Association
Mr *Paul C. de Jonge*, Chief Legal Adviser, Texaco Benelux, Rotterdam, Netherlands
Mr *Philippe Marchandise*, Chairman of ECLA, Brussels, Belgium

Association internationale des jeunes avocats
Mr *Randall K. Anderson*, AIJA Executive Committee Member; Partner, Fishman Herrmann & Anderson, New York, NY, United States of America
Ms *Marie Thérèse H. Steenberghe*, President AIJA Labour Law Commission; Attorney at law, Dordrecht, Netherlands

BUREAU DE LA COMMISSION SPÉCIALE
OFFICERS OF THE SPECIAL COMMISSION

Président de la Commission spéciale
Chair of the Special Commission

Mr *T. Bradbrooke Smith*, Q.C. (Canada)

Vice-présidents de la Commission spéciale
Vice-Chairs of the Special Commission

M. *Andreas Bucher* (Suisse/Switzerland)
Mr *Masato Dogauchi* (Japon/Japan)
Mr *Peter H. Pfund* (États-Unis d'Amérique/United States of America)
Mr *José-Luis Siqueiros* (Mexique/Mexico)

Co-Rapporteurs de la Commission spéciale
Co-Reporters of the Special Commission

The Honourable Mr Justice *Peter E. Nygh* (Australie/Australia)
M. *Fausto Pocar* (Italie/Italy)

SECRÉTARIAT – SECRETARIAT

M. *Hans van Loon*, Secrétaire général
M. *Michel Pelichet*, Secrétaire général adjoint
Mr *Adair Dyer*, Deputy Secretary General
Mme *Catherine Kessedjian*, Premier secrétaire puis Secrétaire général adjoint
Mr *William Duncan*, First Secretary
M. *Christophe Bernasconi*, Secrétaire au Bureau Permanent

Expert consultant
M. *Georges A.L. Droz*, ancien Secrétaire général de la Conférence de La Haye

Secrétaires rédacteurs/Recording Secretaries
Mr *Peter E. McEleavy*, PH.D. student at the University of Aberdeen, Scotland
M. *Etienne Pataut*, assistant, Université de Paris I, France
Mlle *Sylvie Rottman*, juriste, Coudert Frères, Paris, France
Mr *Harlan S. Tenenbaum*, Attorney-at-Law, Greenville, DE, United States of America
Miss *Hannah K. Brody*, Pittsburgh, PA, United States of America
Mlle *Natalie Joubert*, allocataire de recherche, Université de Paris I, France
M. *Patrick Wautelet*, assistant, Département de droit international, Université de Louvain, Belgique

Stagiaires/Interns
Miss *Karin M. Linhart*, Lauda, Germany
Mlle *Saskia Faas*, étudiante à l'Université de Nimègue, Pays-Bas
Mlle *Cathalijne van der Plas*, étudiante à l'Université de Nimègue, Pays-Bas

Liste/List – Participants

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

ÉTABLI PAR CATHERINE KESSEDJIAN
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 8 de novembre 1997

INTRODUCTION

1 Conformément au mandat qui lui a été imparti par la Dix-huitième session, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé a convoqué une Commission spéciale qui a siégé du 17 au 27 juin 1997 à La Haye aux Pays-Bas.

2 Étaient représentés 35 États membres et neuf États non membres. Parmi ces derniers on doit signaler que la République de Corée est devenue Membre le 21 août 1997, soit quelques semaines après la fin de la Commission spéciale. De surcroît, cinq organisations intergouvernementales et six organisations internationales non gouvernementales ont également participé aux travaux. La liste complète des délégations est reproduite ci-dessus.

3 La Commission spéciale qui s'est réunie en juin 1997 est la première d'une série de quatre destinées à préparer un avant-projet de Convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers à soumettre à la Dix-neuvième session diplomatique de la Conférence qui sera convoquée en l'an 2000. La réunion de juin 1997 s'est ouverte sous la présidence du Professeur A.V.M. Struycken, Président de la Commission d'État néerlandaise pour la codification du droit international privé. Après avoir souhaité la bienvenue aux experts, et tout particulièrement à ceux qui participent aux travaux de la Conférence pour la première fois, le Président propose d'élire T.B. Smith, Q.C., Représentant du Canada, à la présidence de la Commission spéciale. Cette proposition est approuvée à l'unanimité. Les travaux se poursuivent alors sous la présidence de T.B. Smith qui propose l'élection du Bureau de la Commission spéciale. En qualité de Vice-présidents, il propose A. Bucher (Suisse), P.H. Pfund (États-Unis d'Amérique), M. Dogauchi (Japon) et J.-L. Siqueiros (Mexique). Cette proposition est approuvée à l'unanimité. Sont ensuite proposés comme co-Rapporteurs: P. Nygh (Australie), F. Pocar (Italie) et comme Président du Comité de rédaction G. Möller (Finlande). Cette proposition est approuvée à l'unanimité.

4 Les travaux commencent alors par un tour de table introduit par le Président qui propose aux délégations de s'exprimer sur les objectifs poursuivis par la future Convention et notamment les besoins des citoyens auxquels cette future Convention doit répondre. Les objectifs ainsi dégagés serviront de points de repère pour les travaux de la Commission jusqu'à l'adoption du projet de Convention. De ce tour de table, il résulte que les délégations sont d'accord sur les objectifs suivants:

(a) La future Convention doit être adaptée aux évolutions à la fois techniques, économiques, sociologiques et juridiques du vingt-et-unième siècle.

(b) La Convention doit être rédigée d'un point de vue pragmatique et contenir des dispositions efficaces, simples, qui peuvent être comprises par les sujets de droit et être appliquées le plus facilement possible par les avocats et les juges.

(c) La Convention doit permettre d'augmenter la prévisibilité et la certitude des solutions apportées aux questions posées par le contentieux privé international et donc éviter les duplications de procédures.

(d) En ce qui concerne la structure de la future Convention, bien que certaines délégations insistent pour dire que le résultat des travaux sera vraisemblablement une convention mixte, la majorité des délégations qui se sont exprimées préfèrent négocier une convention double qui doit être la prémisse du raisonnement et des négociations entreprises par la Commission spéciale[1].

(e) La Convention doit être à vocation mondiale, c'est-à-dire qu'elle doit prendre en considération tous les systèmes juridiques et judiciaires et tendre à un consensus acceptable pour tous ces systèmes.

(f) La Convention doit, enfin, respecter l'équilibre entre le demandeur et le défendeur.

5 Conformément au consensus qui s'est dégagé à propos de l'agenda de la Commission spéciale, les débats[2] ont porté

[1] Une convention simple ne traite que de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers et ne s'intéresse donc pas aux questions de compétence juridictionnelle directe, c'est-à-dire ne répond pas à la question de savoir à quel moment les tribunaux sont compétents pour connaître d'une action en justice pour la première fois. Si une convention simple contient des règles de compétence juridictionnelle, celles-ci sont seulement des règles de compétence indirecte, c'est-à-dire des règles qui servent seulement *a posteriori*, au stade de la reconnaissance et de l'exécution du jugement, à contrôler la compétence du juge d'origine pour savoir si son jugement peut ou non être reconnu ou exécuté dans l'État requis.

Une convention double traite à la fois de la question de la compétence juridictionnelle directe et de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Elle permet alors de répondre à la question de savoir quel tribunal est compétent pour connaître d'une action ainsi qu'à celle de l'effet du jugement qui sera ainsi rendu. À l'intérieur de la grande catégorie convention double, il existe essentiellement deux sortes de conventions:

(1) la convention double *stricto sensu* qui fournit une liste exhaustive des chefs de compétence soit autorisés, soit interdits sans qu'il soit laissé une quelconque marge de manœuvre aux droits nationaux ou à des chefs de compétence non réglés par la convention dans son domaine d'application;

(2) la convention que l'on pourrait appeler «mixte» qui spécifie les compétences autorisées, les compétences interdites et dans laquelle toutes les autres compétences, c'est-à-dire celles qui ne tombent ni dans les compétences autorisées ni dans les compétences interdites, sont laissées à la libre appréciation des différentes lois nationales.

Deux différences essentielles existent entre la convention double *stricto sensu* et la convention mixte:

(1) Avec une convention double *stricto sensu*, les États n'ont plus aucune marge de manœuvre. Lorsque la convention entre en vigueur dans un État donné, les compétences autorisées doivent être mises à la disposition des plaideurs par cet État et seules ces compétences sont disponibles. En revanche, avec une convention «mixte», les États doivent toujours mettre à la disposition des plaideurs les compétences autorisées mais ils peuvent conserver d'autres compétences.

(2) Au stade de l'effet des jugements, la convention mixte permet de prévoir trois catégories de jugements selon que la compétence utilisée par le juge d'origine est autorisée, interdite ou non prévue. Si le jugement a été rendu en vertu d'une compétence autorisée, le jugement qui en est issu recevra effet dans les autres États contractants, de manière relativement automatique et à condition qu'il remplisse les critères de contrôle prévus par la convention. Si le jugement a été rendu par un tribunal qui a, malgré le texte de la convention, accepté sa compétence alors qu'elle est interdite, le jugement qui en est issu ne pourra pas recevoir effet au titre de la convention. Il sera interdit aux autres États contractants de reconnaître ou d'exécuter ce jugement. Enfin, pour tous les jugements qui seront rendus sur des chefs de compétence non prévus dans la convention ou autrement laissés à la libre appréciation des droits nationaux, le jugement qui en est issu ne recevra aucun traitement favorable et les autres États contractants resteront libres d'accorder ou de ne pas accorder d'effet à ce jugement sans que la convention le leur interdise ou les y oblige.

En réalité, pour certaines délégations, il est plus clair de dire que la convention mixte se rapproche plus d'une convention simple que d'une convention double. Par ailleurs, on peut aussi imaginer que, dans le cadre d'une convention mixte, à condition que les fors exorbitants aient été éliminés, les effets des jugements rendus en vertu d'une compétence non prévue puissent faire l'objet de dispositions dans la convention sans les laisser au bon vouloir des droits nationaux.

[2] Le point de départ de toutes les discussions a été le Doc. prél. No 7 d'avril 1997, «Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale», Rapport établi par C. Kessedjian à l'intention de la Commission spéciale de juin 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome.

Rapport de synthèse – Commission spéciale juin 1997

Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

DRAWN UP BY CATHERINE KESSEDJIAN
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 8 of November 1997

INTRODUCTION

1 In accordance with the terms of reference assigned to him by the Eighteenth Session, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law convened a Special Commission which met from 17 to 27 June 1997 at The Hague in the Netherlands.

2 Thirty-five Member States and nine non-Member States were represented. Among the latter, it should be noted that the Republic of Korea became a Member on 21 August 1997, that is, a few weeks after the end of the Special Commission. In addition, five intergovernmental organisations and six international non-governmental organisations participated in the work. A complete list of the delegations is provided above.

3 The Special Commission which met in June 1997 is the first of a series of four Special Commission meetings whose purpose is to prepare a preliminary draft Convention on international jurisdiction and the effects of foreign judgments for submission to the Nineteenth Diplomatic Session of the Conference to be convened in the year 2000. The June 1997 meeting opened with Professor A.V.M. Struycken, President of the Netherlands Standing Government Committee for the Codification of Private International Law, in the chair. After welcoming the experts, and in particular those participating in the work of the Conference for the first time, the Chairman proposed that Mr T.B. Smith, Q.C., Representative of Canada, be elected Chair of the Special Commission. That proposal was unanimously adopted. The proceedings then continued with Mr T.B. Smith in the chair, who proposed the election of the Bureau of the Special Commission. As Vice-Chairs, he proposed Mr A. Bucher (Switzerland), Mr P. Pfund (United States of America), Mr M. Dogauchi (Japan) and Mr J.-L. Siqueiros (Mexico). That proposal was unanimously adopted. Were then proposed as co-Reporters: Mr P. Nygh (Australia), Mr F. Pocar (Italy) and, as Chairman of the Drafting Committee, Mr G. Möller (Finland). That proposal was unanimously adopted.

4 The work commenced with the Chair inviting the delegations to express their views on what the objectives of the future Convention should be and, in particular, on the citizens' needs that the future Convention should meet. The objectives thus identified would serve as pointers for the work of the Commission until the adoption of the draft Convention. This survey of the delegations' views showed that they were in agreement with the following objectives:

(a) The future Convention must be adapted to the technical, economic, sociological and legal developments of the twenty-first century.

(b) The Convention must be drafted pragmatically and contain simple, effective provisions, understandable to subjects of law and as easy as possible to apply for lawyers and judges.

(c) The Convention must bring about an increase in the foreseeability and certainty of the solutions found to the questions raised by international litigation and thus prevent the duplication of procedures.

(d) As to the structure of the future Convention, although some delegations stressed that the proceedings would probably result in a mixed convention, most of the delegations that expressed a position preferred to negotiate a double convention, which should be the premise underlying the reasoning and the negotiations conducted by the Special Commission.[1]

(e) The Convention must be global, that is, it must take into consideration all legal and judicial systems and lead to a consensus acceptable for all those systems.

(f) Lastly, the Convention must respect the balance between plaintiff and defendant.

5 Pursuant to the consensus reached regarding the agenda of the Special Commission, the discussions[2] focused

[1] A simple convention deals only with the recognition and enforcement of foreign judgments and is therefore not concerned with matters of direct jurisdiction. In other words, it does not respond to the question as to when courts have jurisdiction in proceedings instituted for the first time. If a simple convention contains rules on jurisdiction, they are only rules on indirect jurisdiction. These are rules which, only *a posteriori*, at the stage of the recognition and enforcement of the judgment, serve to verify the jurisdiction of the court of origin in order to ascertain whether its decision may or may not be recognised or enforced in the State addressed.

A double convention deals with both the question of direct jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments. It thus responds to the question as to which court has jurisdiction to entertain proceedings and to that as to the effect of the judgment thus delivered. Within the large category of double conventions there are essentially two types of conventions:

(1) the double convention *stricto sensu*, which includes an exhaustive list of grounds of jurisdiction, whether authorised or unauthorised, leaving no room for manoeuvre whatsoever to national law or to grounds of jurisdiction not regulated by the convention in its scope;

(2) what might be termed the "mixed" convention, which specifies the authorised grounds of jurisdiction, the prohibited ones and in which all the other grounds, *i.e.*, those falling neither within the category of authorised grounds nor within that of the prohibited grounds, are left as a matter for national law to decide freely.

There are two essential differences between the double convention *stricto sensu* and the mixed convention:

(1) With a double convention *stricto sensu*, States no longer have any room for manoeuvre. When the convention enters into force in a particular State, that State must make the authorised grounds of jurisdiction, and only these, available to litigants. With a mixed convention on the other hand, States must always make the authorised grounds of jurisdiction available to the litigants, but they may retain other grounds of jurisdiction.

(2) At the stage of recognition and enforcement of the judgments, the mixed convention contemplates three categories of judgment, depending on whether the jurisdiction used by the court of origin is authorised, prohibited or not covered by the convention. If the judgment has been rendered on the basis of an authorised ground of jurisdiction, the resulting judgment will be given effect in the other Contracting States more or less automatically and providing it meets the verification criteria provided for in the convention. If the judgment has been rendered by a court which, notwithstanding the text of the convention, has accepted its jurisdiction although it is prohibited, the resulting judgment cannot be given effect under the convention. Other Contracting States will be prohibited from recognising or enforcing that judgment. Lastly, as regards all judgments rendered on the basis of grounds of jurisdiction not covered by the convention or otherwise left for national law to decide, the resulting judgment will not receive any favourable treatment and the other Contracting States will remain at liberty to grant or not to grant effect to that judgment, the convention neither prohibiting them from doing so nor compelling them to do so.

In reality, some delegations feel it is clearer to say that the mixed convention is more akin to a simple than to a double convention. Moreover, it is also conceivable that, within the framework of a mixed convention, providing the exorbitant fora have been eliminated, the effects of judgments rendered under a jurisdiction not covered by the convention might form the subject of provisions in the convention rather than leaving the matter for national law to decide.

[2] The basis of all the discussions was Prel. Doc. No 7 of April 1997, "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", drawn up by C. Kessedjian for the attention of the Special Commission of June 1997, *supra* p. 13 of this tome.

essentiellement sur les règles de compétence juridictionnelle directe[3], à l'exclusion d'une session qui a été consacrée en partie à la discussion des méthodes qui pourraient être utilisées pour une interprétation autonome et uniforme de la future Convention[4].

Compte tenu de ce que chaque règle de compétence juridictionnelle directe mise en discussion a été abordée à deux reprises au cours des débats, tout d'abord à titre général, et ensuite, en fonction des documents de travail qui ont été produits par les délégations, le présent rapport ne suivra pas l'ordre strict des débats tels qu'ils se sont déroulés mais exposera les résultats obtenus en abordant en premier lieu les règles générales pour se concentrer ensuite sur des règles plus spécifiques[5].

Compétence générale et compétence spéciale ou spécifique

6 L'expression « compétence générale » peut être comprise de deux manières. Dans une première acception, la compétence générale désigne la compétence de l'ensemble des tribunaux d'un pays désigné par la règle de conflit de juridictions. Elle s'oppose à ce qu'il est convenu d'appeler la « compétence spéciale » qui permet de déterminer quel tribunal en particulier est compétent à l'intérieur du système judiciaire d'un pays donné[6]. La Commission spéciale a préféré reporter à une prochaine réunion la discussion de cette notion de compétence générale. Toutefois, une délégation a systématiquement soumis des documents de travail formulés en termes de compétence spéciale plutôt qu'en termes de compétence générale, utilisant le singulier pour le mot « tribunal » et formulant le critère géographique en termes de « lieu » plutôt qu'en termes de « pays ». De surcroît, les délégations du Canada, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique et de la Suisse ont soumis un document de travail intitulé « Considérations préliminaires sur les clauses pour les États dont le système juridique n'est pas unifié » (les clauses dites « fédérales ») duquel il ressort :

(a) La formulation des règles de compétence juridictionnelle en termes de compétence générale plutôt que de compétence spéciale pose des difficultés particulières pour les États dont le système judiciaire n'est pas unifié.

(b) Une première solution proposée consisterait à rédiger les règles de compétence conventionnelle de manière à régler la compétence générale et la compétence spéciale en même temps, c'est-à-dire en privilégiant une formulation telle celle qui a été mentionnée ci-dessus[7].

(c) À défaut de retenir une telle solution, il serait possible d'utiliser la méthode qui a été privilégiée par la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* en son article 47, dont il est dit toutefois que l'approche est complexe et pourrait ne pas convenir à la future Convention[8].

7 Dans une deuxième acception, la notion de compétence générale est liée à l'étendue matérielle des pouvoirs conférés au juge désigné par la règle de compétence. Cette règle est fondée sur le fait que le critère choisi pour la règle de compétence générale établit un lien suffisamment fort entre le juge et le défendeur pour accorder à ce juge une compétence la plus large, couvrant l'ensemble des litiges concernant ce défendeur. En ce sens, la compétence générale s'oppose aux chefs spécifiques de compétence qui ne donnent compétence au juge que pour une catégorie d'actions en particulier, clairement définie par la règle. C'est sur cette deuxième acception de la notion de « compétence générale » que les travaux de la Commission spéciale ont porté.

8 Cette compétence générale doit être toujours disponible. Cette proposition n'a pas soulevé d'objections. Toutefois, il n'a pas été véritablement discuté du point de savoir si cette compétence est encore disponible lorsque le litige porte sur une action pour laquelle la Convention prévoit une compétence exclusive[9] ou même en cas d'élection de for[10]. Quant au critère de compétence qui pourrait être retenu dans la future Convention, les débats ont montré assez rapidement un consensus pour les personnes physiques. En revanche, pour le moment, un tel consensus n'a pas pu être atteint pour les personnes morales[11].

9 En ce qui concerne les **personnes physiques**, la majorité des délégations a exprimé une nette préférence pour retenir la résidence habituelle du défendeur plutôt que son domicile. En effet, de nombreuses délégations ont souhaité que des concepts factuels soient utilisés dans la Convention, ce qui est le cas pour la notion de « résidence habituelle » par rapport à celle de « domicile ». Toutefois, il n'en demeure pas moins que ce concept, même s'il est plus factuel que celui de domicile, demeure d'application délicate et n'empêche pas une interprétation divergente selon le juge appelé à statuer sur cette question. C'est pourquoi il a été suggéré que la Convention comporte une définition de la résidence habituelle. Mais une majorité s'est finalement dégagée pour dire que la tradition retenue au sein de la Conférence de La Haye de ne pas donner de définition de la notion de résidence habituelle devait encore être suivie pour la Convention en cours de négociation. Toutefois, il serait vraisemblablement utile que le Rapport explicatif donne une liste des éléments permettant de vérifier l'existence d'une résidence habituelle et peut-être même une liste d'éléments qui, au contraire, ne permettent pas de remplir les conditions nécessaires à une telle existence. À cet égard, il a été fait référence, comme guide très utile pour le concept de résidence habituelle, à l'article publié par E.M. Clive et intitulé « The Concept of Habitual Residence »[12].

10 En ce qui concerne les **sociétés et personnes morales**[13], il a d'abord été précisé que la notion de résidence habituelle n'est vraisemblablement pas appropriée et qu'il convient peut-être de retenir celle de domicile. Toutefois, certaines délégations ont souligné qu'il n'est pas nécessaire de qualifier le ou les critères qui seraient choisis par la règle conventionnelle. Si cette voie était suivie, on pourrait faire l'économie de l'utilisation, pour les personnes morales, de l'un ou de l'autre des concepts de résidence habituelle ou de domicile. Avant d'étudier les points de rattachement qui pourraient être choisis, il convient de savoir si la règle comporte plusieurs options possibles à la disposition du demandeur, sans

[3] Notons que toutes les règles de compétence n'ont pas été discutées. Ont ainsi été reportées à une prochaine réunion les règles portant sur les demandes reconventionnelles, les procédures en intervention ou les demandes formulées à l'encontre d'une pluralité de défendeurs. De plus, si à de multiples occasions, des experts ont évoqué la possibilité pour le juge de refuser d'exercer la compétence qui lui est conférée, cette question a délibérément été laissée pour une discussion ultérieure car son admission ou son rejet dépendra surtout des règles de compétence admises.

[4] Il n'a donc pas été discuté de certaines questions présentées dans le Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), notamment celles liées au champ géographique d'application de la future Convention. Les débats n'ont donc pas porté sur le point de savoir si la Convention doit s'intéresser seulement aux défendeurs situés sur le territoire des États parties.

[5] Notons que la Commission spéciale a suivi une fois encore la tradition de la Conférence de La Haye selon laquelle aucune des positions exprimées par les délégations ne lie leur auteur durant les premiers travaux préparatoires.

[6] Cette notion est développée aux Nos 76 à 78 du Doc. prél. No 7 (*ibid.*).

[7] Cf. *supra* No 6, 1er alinéa.

[8] Le document contient également des indications sur la reconnaissance et l'exécution des décisions dans les pays à système non unifié, question qui n'a pas été discutée par la Commission spéciale.

[9] Sur la compétence exclusive, voir *infra* Nos 35 et s.

[10] Sur l'élection de for, voir *infra* Nos 13 et s.

[11] La Commission n'a pas décidé quelle définition il convient de donner à l'expression « personne morale » notamment en ce qu'elle pourrait s'appliquer à la fois à des personnes morales enregistrées et non enregistrées.

[12] E.M. Clive, « The Concept of Habitual Residence », *The Juridical Review*, 1997, p. 137 à 147.

[13] Dans la suite du rapport et pour ne pas alourdir le texte, nous mentionnons seulement l'expression « personne morale » pour signifier à la fois les sociétés et les personnes morales.

essentially on the rules of direct jurisdiction,[3] apart from one session partly devoted to discussing methods which might be used for the autonomous and uniform interpretation of the future Convention.[4]

In view of the fact that every rule of direct jurisdiction discussed was dealt with twice during the meeting, first in general terms and then on the basis of the working documents produced by the delegations, this report will not follow the strict order of the discussions as they took place but will set out the results obtained dealing first with the general rules, then focusing on more specific ones.[5]

General jurisdiction and special or specific jurisdiction

6 The term "general jurisdiction" may be understood in two ways. According to one meaning, general jurisdiction denotes the jurisdiction of all the courts in a country designated by the rule of conflict of jurisdictions. It contrasts with what is usually termed "special jurisdiction" that determines which particular court has jurisdiction in the judicial system of a particular country.[6] The Special Commission decided it would be preferable to postpone the discussion of this concept of general jurisdiction to a forthcoming meeting. However, one delegation systematically submitted working documents formulated in terms of special rather than general jurisdiction, using the singular for the word "court" and formulating the geographical criterion in terms of "place" rather than "country". In addition, the delegations of Canada, Spain, Switzerland and the United States of America submitted a working document entitled: "Preliminary Considerations on Clauses for States Without a Unified System of Law" (so-called "federal" State Clauses), which reveals that:

(a) Formulating jurisdictional rules in terms of general rather than special jurisdiction raises particular difficulties for States without a unified legal system.

(b) One solution proposed would be to draft the jurisdictional rules in the Convention so as to regulate both general and special jurisdiction at the same time, that is, opting for a wording such as the one referred to above.[7]

(c) If such a solution were not adopted, it would be possible to use the method favoured by the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* in its Article 47, whose approach, however, was considered complex and perhaps not suitable for the future Convention.[8]

7 According to a second meaning, the concept of general jurisdiction is linked to the substantive scope of the powers conferred on the court designated by the jurisdictional rule. This rule is based on the fact that the criterion chosen for the rule of general jurisdiction establishes a sufficiently strong link between the court and the defendant to grant that court the widest jurisdiction, covering all litigation concerning that defendant. In this respect, general jurisdiction forms a contrast with the specific grounds of jurisdiction which only grant the court jurisdiction for one category of proceedings in particular, clearly defined by the rule. The work of the Special Commission focused on this second meaning of the concept of "general jurisdiction".

8 This general jurisdiction must always be available. There were no objections to this proposal. However, the question was not fully discussed as to whether this jurisdiction is still available when the litigation relates to proceedings for which the Convention provides for exclusive jurisdiction[9] or even in cases of choice of forum.[10] As regards the criterion of jurisdiction which might be adopted in the future Convention, the discussions fairly soon revealed a consensus for natural persons. On the other hand, for the time being, no such consensus has been achieved regarding legal persons.[11]

9 As regards **natural persons**, most delegations expressed a clear preference for adopting the defendant's habitual residence rather than his domicile. Many delegations actually preferred factual concepts to be used in the Convention, which is the case of the concept of "habitual residence" as compared with that of "domicile". However, the fact remains that this concept, even though it is more factual than that of domicile, remains delicate to apply and does not prevent divergent interpretations depending on the court which is to adjudicate this matter. This is why it was suggested that the Convention should include a definition of habitual residence. However, a majority eventually emerged in favour of the Hague Conference tradition of not providing a definition of the concept of habitual residence in the Convention currently being negotiated. However, it would probably be helpful for the Explanatory Report to provide a list of factors making it possible to verify the existence of a habitual residence and perhaps even a list of factors which, on the contrary, do not make it possible to satisfy the conditions necessary for such existence. In this respect, reference was made, as a very useful guide for the concept of habitual residence, to the article published by Mr E.M. Clive, entitled "The Concept of Habitual Residence".[12]

10 As regards **companies and legal persons**,[13] it was first pointed out that the concept of habitual residence is probably not appropriate and that the concept of domicile ought perhaps to be adopted. However, some delegations stressed that it is not necessary to characterise the criterion or criteria which would be provided for in the Convention. If that approach were pursued, the use, for legal persons, of either concept, *i.e.*, habitual residence or domicile, could be dispensed with. Before examining which connecting factors might be selected, it needs to be ascertained whether the rule comprises a number of possible options available to the

[3] Not all the rules of jurisdiction were discussed. The rules concerning counterclaims, third party proceedings or claims formulated against a plurality of defendants were postponed to a subsequent meeting. Furthermore, although on many occasions experts referred to the possibility for a court to decline jurisdiction, this matter was deliberately postponed for subsequent discussion since whether it is admitted or rejected will depend primarily on the jurisdictional rules admitted.

[4] There was thus no discussion of certain matters presented in Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), in particular those associated with the geographical scope of the future Convention. Hence, the discussions did not cover the issue of whether the Convention must concern solely defendants situated within the territory of the States Parties.

[5] The Special Commission once again followed the tradition of the Hague Conference, according to which none of the positions expressed by the delegations is binding on their author during the first *travaux préparatoires*.

[6] This concept is expanded upon in Nos 76 to 78 of Prel. Doc. No 7 (*ibid*).

[7] *Cf. supra* No 6, first paragraph.

[8] This document also contains some suggestions on the recognition and enforcement of decisions in countries without a unified system, a matter not discussed by the Special Commission.

[9] On exclusive jurisdiction, see *infra* Nos 35 *et seq*.

[10] On choice of forum, see *infra* Nos 13 *et seq*.

[11] The Special Commission did not decide what definition should be assigned to the expression "legal person", particularly since it could apply both to registered and unregistered legal persons.

[12] E.M. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, pp. 137-147.

[13] Hereinafter and to avoid overburdening the text, we will simply use the term "legal person" to denote both companies and legal persons.

qu'aucune hiérarchie ne soit établie entre ces diverses options ou, au contraire, si la liste des options doit être hiérarchisée. Aucun expert n'a proposé que la règle ne comprenne qu'un seul critère. Même si plusieurs délégations se sont exprimées en faveur d'une règle comportant plusieurs options sans hiérarchie, la question n'ayant jamais été très précisément posée, il est difficile de dire qu'un véritable consensus se soit dégagé à cet égard. Toutefois, on doit noter que la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* en son article 10, numéro 1, prévoit trois critères d'égale valeur: le siège, le lieu de constitution, le principal établissement. Le lieu du principal établissement est le seul critère retenu tant par la *Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères*[14], que par la Convention entre la France et le Canada[15], que par la Convention entre l'Allemagne et le Royaume-Uni[16]. Il convient de noter que ces trois Conventions comportent des règles de compétence indirecte et non pas de compétence directe telles celles qui seront incluses dans la future Convention. Quant au projet de traité entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique[17], une liste de plusieurs critères d'égale valeur a également été retenue. Il s'agit du principal établissement, du lieu d'enregistrement ou, à défaut d'enregistrement, du lieu du siège social.

11 De toutes les discussions qui ont eu lieu sur ces différents critères, il ressort que la liste de ceux qui pourraient être admis dans la future règle conventionnelle serait limitée à quatre. Il s'agirait: du siège, du principal établissement, du lieu d'enregistrement ou du lieu de l'administration centrale et du contrôle.

(a) **Siège** – La notion même de siège social n'est pas connue de tous les systèmes juridiques. À cet égard il convient de noter que le Royaume-Uni l'a définie, dans la législation que ce pays a adoptée pour mettre en œuvre les Conventions de Bruxelles et de Lugano, comme étant le lieu où la société a son centre d'administration centrale et de contrôle, ou le lieu où elle a été formée ou enregistrée. Une délégation a proposé que si la notion de siège était retenue comme critère de compétence, il conviendrait de préciser qu'il s'agit du siège désigné dans les statuts ou documents constitutifs de la société et leurs avenants, ou le lieu d'administration en fait de la société.

(b) **Principal établissement** – La notion de principal établissement fait référence au lieu où la société conduit l'essentiel de ses activités. La plupart du temps, il existera une parfaite coïncidence entre le siège social de la société et son principal établissement. Toutefois, il pourrait y avoir discordance entre les deux. Dans un tel cas, plusieurs délégations ont exprimé l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire de limiter les choix du demandeur qui pourrait alors agir, soit devant le tribunal du lieu du siège, soit devant celui du lieu du principal établissement de la société.

(c) **Lieu d'enregistrement** – La notion d'enregistrement est ici la traduction en langue française de l'expression anglaise «*incorporation*» qui sert de critère essentiel en droit international privé des personnes morales dans les systèmes de *common law* et dans certains pays dits de «*civil law*» comme les Pays-Bas et le Danemark. Les réticences que certaines délégations ont exprimées à l'égard de ce critère révèlent la crainte que le défendeur ne choisisse de s'enregistrer dans un paradis législatif, notamment fiscal, empêchant ainsi tout véritable accès à la justice (au sens classique de cette expression) pour le demandeur. C'est pourquoi, certaines délégations sont d'avis que, à lui seul, ce critère n'est certainement pas acceptable mais le devient dans une liste d'options à la disposition du demandeur[18]. Par ailleurs, les délégations qui ont proposé de retenir le critère du lieu d'enregistrement ont également suggéré qu'il pourrait être retenu à condition qu'un critère complémentaire soit localisé au même lieu tel celui d'un siège social statutaire (*Registered Office*) ou d'une adresse officielle (*Official Address*).

(d) **Lieu d'administration centrale et du contrôle** – Il convient tout d'abord de clarifier que la notion de contrôle utilisée ici n'a rien à voir avec le contrôle sur le capital de la société mais fait référence au centre de gestion et de prise de décisions dans l'organisation et l'activité de la personne morale. Ce critère se rapproche du critère du principal établissement par bien des aspects mais s'en éloigne en ce sens qu'il s'agirait là plus du lieu où sont prises les décisions de gestion (réunion du conseil d'administration ou du conseil de surveillance) plutôt que les activités commerciales de la société qui sont au centre du critère du principal établissement. Il n'y a donc pas, en pratique, de parfaite coïncidence entre ces deux critères. C'est pourquoi, dans une liste d'options, il resterait utile de les prévoir tous les deux. Toutefois, il est à noter que le critère du lieu d'administration centrale devient de plus en plus difficile à mettre en œuvre avec les techniques contemporaines de gestion à distance des sociétés. En effet, de nombreuses sociétés choisissent aujourd'hui de ne plus réunir physiquement leur conseil d'administration ou de surveillance, les décisions étant prises soit «en ligne», soit par vidéoconférence, chaque membre du conseil restant dans le pays dans lequel il possède sa résidence habituelle. Dans une telle hypothèse, doit-on dire que le lieu d'administration centrale de la personne morale est éclaté sur plusieurs pays et qu'elle doit ainsi s'attendre à être assignée dans chacun de ces pays, plus précisément au lieu de la résidence habituelle du membre du conseil d'administration qui y est présent? Cette question n'a pas été discutée par la Commission spéciale de manière approfondie. La réponse que l'on y donne pourrait d'ailleurs être différente selon que le droit des pays concernés exige encore que le procès-verbal du conseil d'administration ou de surveillance en cause comporte la mention du lieu physique de la réunion (qui serait dans notre hypothèse une fiction juridique) ou, au contraire, accepte que ce procès-verbal ne mentionne plus ce lieu physique.

12 En tout état de cause, de nombreuses délégations ont exprimé l'idée selon laquelle si la société choisit de se structurer de manière complexe, en organisant à la fois son lieu d'enregistrement, son siège social réel ou son lieu d'administration centrale dans plusieurs pays, elle devrait s'attendre à être poursuivie éventuellement devant les tribunaux de chacun de ces pays en fonction de l'intérêt que le demandeur aura, essentiellement par rapport à la future exécution du jugement qui pourra être rendu.

Élection de for / Autonomie de la volonté

13 Dès le début de la réunion de la Commission spéciale et constamment au cours de celle-ci, la question de l'autonomie de la volonté et du choix du tribunal compétent par les parties au litige a été discutée par les experts. Plusieurs d'entre eux ont insisté sur le fait que, sous réserve de la décision qui sera prise sur le champ d'application matériel de la Convention, il semble que celle-ci portera essentiellement sur les litiges en matière civile et commerciale de nature patrimoniale, ce qui permettrait de donner une large place à l'autonomie de la volonté. Ceci étant, si de nombreuses délégations ont indiqué être prêtes

[14] Art. 1A.
[15] Art. 5(a).
[16] Art. IV (1)(a) *iv*).
[17] Art. 10(b).

[18] Il faudrait alors s'assurer qu'un tel for n'est pas disponible en cas d'action préventive engagée par la société. À l'égard de ces actions, il convient de noter que certains experts ont souligné l'importance de prévoir une ou plusieurs compétences les concernant, sans que la question ait été discutée en détail. Cf. *infra* note 51.

Rapport de synthèse – Commission spéciale juin 1997

plaintiff, without any order of priority, or, on the contrary, whether the list of options should be drawn up in hierarchical order. No expert suggested that the rule should entail only a single criterion. Even if a number of delegations favoured a rule including several options without any order of priority. It is hard to say whether a true consensus emerged in this respect, since the question has never been raised in very precise terms. However, it should be noted that the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* provides, in its Article 10, sub-paragraph (1), three criteria of equal value: the seat, the place of incorporation and the principal place of business. The principal place of business is the sole criterion adopted by the *Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments*,[14] the Convention between France and Canada[15] and the Convention between Germany and the United Kingdom.[16] It should be noted that these three Conventions include rules of indirect jurisdiction and not of direct jurisdiction such as those to be included in the future Convention. As regards the draft Convention between the United Kingdom and the United States of America,[17] a list of several criteria of equal value was also opted for. These are the principal place of business, the place of incorporation or, in the absence of incorporation, the headquarters.

11 All the discussions on these various criteria have shown that the list of those which may be admitted in the future Convention rule would be limited to four, namely, headquarters, principal place of business, place of incorporation, or place of central management and control.

(a) **Headquarters** – The concept of headquarters does not exist in all legal systems. In this respect, it should be noted that in its legislation to implement the Brussels and Lugano Conventions, the United Kingdom defined it as being the place where the company has its centre of management and control or the place where it was created or registered. One delegation proposed that, if the concept of headquarters were adopted as a ground of jurisdiction, clarification would be needed as to the meaning of "headquarters", *i.e.*, those designated in the by-laws or articles of association and their additional clauses, or the place where the company is in fact managed.

(b) **Principal place of business** – The concept of principal place of business refers to the place where the company conducts the bulk of its activities. Usually, the company's headquarters and principal place of business will be one and the same. However, they may not coincide. In such a case, a number of delegations suggested it is not necessary to limit the plaintiff's choice, for he could always bring an action either in the court of the company's headquarters or its principal place of business.

(c) **Place of incorporation** – The concept of incorporation (for which the translation in French is "*enregistrement*") is the essential criterion used in private international law for legal persons or corporate entities in common law systems and in certain so-called "civil law" countries, such as the Netherlands and Denmark. The reluctance some delegations expressed regarding this criterion betrayed a concern that the defendant might choose to register in a legislative haven, notably a tax haven, thus preventing any genuine access to justice (in the classical sense of the term) for the plaintiff. This is why some delegations consider that, of itself, this criterion is certainly not acceptable but does become acceptable in a list of options open to the plaintiff.[18] The delegations which proposed the adoption of the criterion of the place of incorporation also suggested that it might be adopted on condition that an additional criterion, such as that of a registered office or of an official address, be located in the same place.

(d) **Place of central management and control** – It must first be clarified that the concept of control used here has nothing in common with the control over the company's capital but refers to the management and decision-making centre in the organisational chart and the activity of the legal person or corporate entity. In many respects, this criterion is akin to that of the principal place of business, but diverges from it in that it would be the place where management decisions are taken (meetings of the executive board or supervisory board) rather than the company's commercial activities, which lie at the heart of the criterion of the principal place of business. In practice, therefore, these two criteria do not overlap completely. This is why it would still be useful to include both of them in the list of options. However, it should be noted that the criterion of the place of central management is becoming ever harder to apply in view of modern techniques of remote company management. Indeed, many companies no longer choose to physically convene meetings of their executive or supervisory boards as decisions are taken "online", or by video conference, each member of the board remaining in the country of his or her habitual residence. In such cases, might it be said that the place of central management or control of the legal person is fragmented over several countries and that it must therefore expect to be served writs in each of these countries, more precisely at the place of habitual residence of the administrative board member present there? This question was not discussed by the Special Commission in any detail. Moreover, the reply might differ depending on whether the law of the countries concerned still requires the minutes of the executive or supervisory board in question to include reference to the physical place where the meeting is held (which in our case would be a legal fiction) or, on the contrary, agree that the minutes should no longer mention this physical place.

12 In any event, many delegations felt that if the company chose such a complex structure, setting up its place of incorporation, its actual headquarters or its place of central management in several countries, it should expect to be sued in the courts of each of those countries, depending on the plaintiff's interest, essentially in relation to the future enforcement of the judgment rendered.

Choice of court / Party autonomy

13 From the very outset of the meeting of the Special Commission and constantly throughout, the question of party autonomy and choice of court with jurisdiction by the litigants was discussed by the experts. A number of them underlined the fact that, subject to the decision to be taken on the substantive scope of the Convention, it might cover litigation for money judgments in civil and commercial matters, thus making it possible to give a wide application to party autonomy. Hence, while many delegations said they were ready to adopt

[14] Art. 1A.
[15] Art. 5(a).
[16] Art. IV (1)(a) (*iv*).
[17] Art. 10(b).

[18] Steps would then have to be taken to ensure that such a forum is not available in the event of preventive action instituted by the company. It should be noted that some experts underlined the importance of providing for one or more grounds of jurisdiction relating to preventive actions, although the matter was not discussed in detail. *Cf. infra* note 51.

à se montrer plus libérales que ce qui a été admis dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, d'autres, en revanche, ont émis des doutes sur la possibilité, dans une convention à vocation mondiale, d'aller plus loin que des conventions régionales. On doit noter à ce stade que la dernière jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles tend à élargir les hypothèses de validité de la clause d'élection de for[19].

14 La Convention doit se préoccuper essentiellement de la validité de la clause d'élection de for, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles les États sont disposés à admettre que des personnes privées prorogent ou dérogent à la compétence de leurs tribunaux. Cette question de validité recouvre en réalité trois problèmes distincts :

(a) la validité formelle de la clause,

(b) la validité au fond, et

(c) la licéité.

Chacune de ces questions reflète un objectif différent :

(a) La validité formelle a pour objectif essentiel d'assurer la preuve du consentement à la clause par la partie à qui on veut l'opposer. Cette condition sert un objectif probatoire.

(b) La validité au fond permet de ne valider la clause que dans les hypothèses où elle a été librement et sciemment consentie par la partie à qui on l'oppose. Cette vérification a donc une fonction préventive.

(c) La licéité permet de ne valider une clause d'élection de for que pour les actions ne mettant pas en cause des compétences exclusives ou des compétences de protection (par ex. à l'encontre de travailleurs ou de consommateurs). Cette condition a donc également une fonction préventive.

15 **Validité formelle** – Si les experts sont tombés d'accord pour dire que l'exigence d'un écrit permet de simplifier la preuve du consentement, cette exigence doit être adaptée aux techniques actuelles d'échange de consentements compte tenu des développements importants qu'ont connus et que connaissent encore les télécommunications transnationales. À cet égard, il conviendra de tenir dûment compte des principes posés par la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et son guide pour son incorporation[20]. En son article 6.1, la loi type prévoit que : « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement. » Par ailleurs, son article 7 porte sur la signature et dispose que :

> « 1 Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :
>
> a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données ; et
>
> b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données à été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière. »

Quant à l'article 8 portant sur la notion d'« original », il dispose :

> « 1 Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :
>
> a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autres ; et
>
> b) si, lorsqu'il exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée. »[21]

C'est d'ailleurs pourquoi certains experts ont suggéré que le juge saisi puisse admettre tout moyen de preuve propre à le persuader qu'il y a eu échange de consentement entre les parties. Ces experts seraient donc prêts à accepter une disposition très libérale sur cette question.

16 **Validité au fond**[22] – La Commission spéciale n'a pas véritablement discuté de la question de la validité au fond. Une délégation a proposé que cette question ne soit pas traitée dans la Convention alors qu'une autre a proposé une clause, qui demeure à affiner, en vertu de laquelle le juge devrait vérifier si la clause d'élection de for n'a pas pour effet de priver « de manière abusive » une partie de l'accès aux tribunaux compétents en vertu des autres dispositions conventionnelles, en raison notamment « de pressions excessives » subies par cette partie lors de la conclusion de la clause d'élection de for. Cette proposition n'a pas été vraiment discutée sauf pour admettre que la preuve serait difficile à rapporter. Elle doit évidemment être rapprochée de l'article 4, alinéa 3, de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* qui dispose : « L'accord d'élection de for n'est pas valable s'il a été obtenu par un abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux. »[23]

17 Quant à la **licéité**, un consensus s'est fait jour pour dire que la clause d'élection de for ne devrait pas permettre

[19] CJCE, 20 février 1997, affaire C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*. La Cour reconnaît, pour la première fois, la possibilité de se fonder sur un usage du commerce international pour valider la clause d'élection de for. La Cour a dit pour droit :

« L'article 17, premier alinéa, deuxième phrase, troisième cas de figure, de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, [...] doit être interprété en ce sens que, dans le cadre d'un contrat conclu verbalement dans le commerce international, une convention attributive de juridiction est censée être valablement conclue, au regard de cette disposition, du fait de l'absence de réaction de l'autre partie contractante à une lettre de confirmation commerciale que son cocontractant lui a envoyée, ou du paiement répété et sans contestation de factures, lorsque ces documents contiennent une mention pré-imprimée indiquant le lieu du for, si un tel comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question et si ces dernières connaissent cet usage ou sont censées le connaître. Il appartient au juge national de vérifier l'existence d'un tel usage ainsi que la connaissance de celui-ci par les parties contractantes. Il existe un usage dans une branche du commerce international lorsque, notamment, un certain comportement est généralement suivi par les parties contractantes opérant dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type. La connaissance de cet usage de la part des parties contractantes est établie lorsque, notamment, elles avaient auparavant noué des rapports commerciaux entre elles ou avec d'autres parties opérant dans la branche commerciale en question ou lorsque, dans celle-ci, un certain comportement est généralement et régulièrement suivi lors de la conclusion d'un certain type de contrats, de sorte qu'il peut être considéré comme une pratique consolidée. »

[20] Cette loi type a été adoptée par une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le Rapport de la Ve Commission (A/51/628), documents officiels de l'Assemblée générale, 40ème session, Supplément No 17 (A/40/17), chapitre VI, section B, du 16 décembre 1996.

[21] Tous ces textes sont expliqués par le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type. Il en résulte, en substance, que la preuve du consentement dépend essentiellement des techniques utilisées qui, compte tenu de l'avancée des moyens d'identification et de fiabilité, pourrait être faite à la satisfaction du juge saisi, compte tenu des circonstances de la cause.

[22] Notons que les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne prévoient expressément aucune disposition sur la validité au fond. Toutefois, la doctrine s'accorde à dire que ce silence doit s'interpréter comme validant toutes les clauses, à condition qu'elles respectent les dispositions des Conventions.

[23] On doit cependant noter que cette Convention n'est pas en vigueur. Elle a été signée par un seul pays, Israël.

a more liberal attitude than that admitted in the Brussels and Lugano Conventions, others voiced doubts about the possibility, in a worldwide convention, of going further than regional conventions. It should be noted at this juncture that the most recent case law of the European Court of Justice, interpreting Article 17 of the Brussels Convention, seeks to broaden the range of cases in which the validity of the choice of court clause is upheld.[19]

14 The Convention must essentially address the validity of the choice of court clause, that is, cases where States are prepared to accept that private parties elect or derogate from the jurisdiction of their courts. In fact, this validity issue covers three separate problems, namely:

(a) formal validity of the clause,

(b) material validity, and

(c) lawfulness.

Each of these matters reflects a different objective:

(a) The essential aim of formal validity is to ensure proof of consent to the clause by the party against which it is invoked. This condition serves an evidentiary purpose.

(b) Material validity makes it possible only to validate the clause in cases where it has been freely and knowingly consented to by the party against which it is being invoked. Such verification thus performs a preventive function.

(c) Lawfulness makes it possible only to validate a choice of court clause for litigation which does not involve exclusive or protective grounds of jurisdiction (for instance against workers or consumers). This condition therefore also performs a preventive function.

15 **Formal validity** – Although the experts agreed that the "in writing" requirement simplifies proof of consent, this requirement must be adapted to current techniques of exchanging consent in the light of the major developments already seen and still occurring in transnational telecommunications. In this respect, due account will need to be taken of the principles laid down by the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and the Guide to Enactment.[20] In its Article 6.1, the Model Law states: "Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference." In addition, Article 7 deals with the signature requirement and provides:

> "(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:
>
> (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and
>
> (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement."

Article 8, concerning the concept of "original", provides:

> "(1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if:
>
> (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and
>
> (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented."[21]

This is why some experts suggested that the court seised should accept any means of proof capable of convincing it that consent has been exchanged between the parties. These experts would thus be ready to accept a very liberal provision on this matter.

16 **Material validity**[22] – The Special Commission did not really discuss the question of material validity. One delegation proposed that this issue should not be dealt with by the Convention, whereas another proposed a clause, which still requires refinement, and under which the court would have to verify whether the effect of the choice of court clause is not to "abusively" deprive one party from access to the courts with jurisdiction by virtue of the other provisions in the Convention as a result, in particular, of "excessive pressures" experienced by that party when concluding the choice of court clause. This proposal was not really discussed, though it was recognised that the proof would be difficult to provide. Obviously, it should be compared with Article 4, third paragraph, of the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*, which states: "The agreement on the choice of court shall be void or voidable if it has been obtained by an abuse of economic power or other unfair means."[23]

17 As regards **lawfulness**, a consensus emerged to the effect that the choice of court clause should not make it possible to

[19] ECJ 20 February 1997, Case C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) v. Les Gravières Rhénanes SARL*. For the first time, the Court recognises the possibility of turning to the usage of international trade as a basis for validating the choice of court clause. The Court ruled that:
"The third hypothesis in the second sentence of the first paragraph of Article 17 of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [...] must be interpreted as meaning that, under a contract concluded orally in international trade or commerce, an agreement conferring jurisdiction will be deemed to have been validly concluded under that provision by virtue of the fact that one party to the contract did not react to a commercial letter of confirmation sent to it by the other party to the contract or repeatedly paid invoices without objection where those documents contained a preprinted reference to the courts having jurisdiction, provided that such conduct is consistent with a practice in force in the field of international trade or commerce in which the parties in question operate and the latter are aware or ought to have been aware of the practice in question. It is for the national court to determine whether such a practice exists and whether the parties to the contract were aware of it. A practice exists in a branch of international trade or commerce in particular where a particular course of conduct is generally followed by contracting parties operating in that branch when they conclude contracts of a particular type. The fact that the contracting parties were aware of that practice is made out in particular where they had previously had trade or commercial relations between themselves or with other parties operating in the branch of trade or commerce in question or where, in that branch, a particular course of conduct is generally and regularly followed when concluding a certain type of contract, with the result that it may be regarded as being a consolidated practice."

[20] This Model Law was adopted by a United Nations General Assembly Resolution on the Report of the Sixth Committee (A/51/628), Official Records of the General Assembly, 40th session, Supplement No 17 (A/40/17), Chapter VI, Section B, of 16 December 1996.

[21] All these texts are explained by the Guide for Enactment of the Model Law. What this actually means is that proof of consent essentially depends on the techniques used which, bearing in mind the advances in identification methods and reliability, could be done to the satisfaction of the court seised, depending on the circumstances of the case.

[22] It should be noted that the Brussels and Lugano Conventions do not specifically include a provision on material validity. However, scholars agree that this silence is to be interpreted as validating all clauses, provided they are in conformity with the provisions of the Conventions.

[23] However, it should be noted that this Convention is not in force. It has been signed by one country only, Israel.

de déroger aux compétences exclusives qui pourraient éventuellement être prévues par la Convention. De la même manière, il pourrait être prévu que la clause d'élection de for ne soit pas valable si elle est conclue dans des matières ou pour des litiges pour lesquels la Convention prévoit des compétences de protection (par ex. consommateurs ou travailleurs).

18 Il a également été discuté du point de savoir si en matière de personnes morales, l'élection de for pouvait jouer un rôle. Il semble qu'une telle possibilité puisse être admise si le litige naît entre actionnaires ou bien s'il naît entre la société d'un côté ou ses actionnaires ou associés de l'autre. La clause devrait alors vraisemblablement être incluse, soit dans l'acte constitutif de la personne morale, soit dans ses avenants[24].

19 En matière de trust, la question de la validité de l'élection de for s'est posée et aucune objection n'a été soulevée pour admettre l'élection de for pour les relations internes au trust[25].

20 Quant à la valeur de la compétence conférée par la clause d'élection de for, plusieurs délégations ont proposé une présomption selon laquelle la compétence ainsi choisie est exclusive, sauf si les parties en décident autrement et l'expriment dans la clause. Ces propositions ne semblent pas avoir suscité d'opposition.

21 Les parties sont-elles libres de choisir n'importe quel tribunal ou le tribunal élu doit-il présenter un lien raisonnable avec le litige? Certains experts ont exprimé une préférence pour la seconde branche de l'alternative mais un plus grand nombre s'exprime pour favoriser le plus large choix possible des parties. En effet, on souligne l'importance de permettre le choix d'un «for neutre» ou d'un for qui présente des compétences techniques particulièrement utiles pour le litige en cause. De la même manière, on pourrait envisager de ne pas autoriser le tribunal choisi à refuser d'exercer la compétence qui lui est conférée. Mais cette question n'a pas été envisagée dans tous ses aspects par les experts de la Commission spéciale.

22 Il n'a pas été discuté du point de savoir si la clause d'élection de for peut être mise en œuvre alors même que l'action porte sur la nullité ou l'inexistence du contrat qui la contient. Toutefois, de nombreux experts au cours des débats ont exprimé l'idée que la rédaction des dispositions conventionnelles en matière d'élection de for pourrait se rapprocher de ce qui est admis en matière d'arbitrage. Il convient dès lors de rappeler ici qu'un certain nombre de systèmes juridiques admettent l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat de base. De cette autonomie il est notamment déduit que, à condition que la preuve du consentement à la clause compromissoire ait été rapportée, il importe peu le sort du contrat de base à l'occasion duquel cette clause a été conclue. Que ce contrat soit argué de nullité ou que son existence soit contestée, la clause d'arbitrage doit développer ses effets et la question de la nullité du contrat ou de son inexistence doit être portée devant les arbitres désignés en vertu de la clause compromissoire. Un système analogue pourrait être admis dans la future Convention, quitte à l'adapter éventuellement à la spécificité des clauses d'élection de for.

23 Enfin, il n'a pas non plus été discuté de l'effet de la clause d'élection de for lorsque l'une des parties à cette clause veut attraire l'autre dans un procès commencé par un tiers. C'est le cas par exemple lorsque l'utilisateur final d'un produit assigne le distributeur de ce produit qui, à son tour, veut appeler en garantie le fabricant du produit. Ici, deux voies sont possibles :

(a) La présomption pourrait être que la clause d'élection de for développe ses effets pour tous les litiges dans lesquels les parties à la clause sont en cause, même si le litige est commencé par un tiers, la clause empêchant, sauf accord exprès contraire, l'appel en intervention ou en garantie ou autres mécanismes similaires devant un autre juge que celui désigné par la clause.

(b) La présomption pourrait être inverse, les parties n'ayant envisagé que les litiges directs entre elles et, sauf accord exprès contraire, la clause n'empêcherait pas l'appel en garantie ou en intervention.

Dans les deux cas, les parties devraient clairement exprimer dans la clause leur souhait s'il est contraire à la présomption retenue par la Convention.

Élection de for tacite

24 La Commission spéciale a discuté brièvement du point de savoir si la Convention doit comporter une disposition permettant de proroger la compétence d'un tribunal de manière tacite par la simple comparution du défendeur sans qu'il s'oppose à la compétence du tribunal saisi. Malgré l'opposition d'une délégation, il semble que la majorité des experts soit plutôt en faveur d'une telle disposition. Toutefois deux problèmes ont été particulièrement mis en lumière qui devront faire l'objet d'une discussion complémentaire et, peut-être, d'une disposition conventionnelle. Il s'agit d'une part de la protection du défendeur et d'autre part de la notion de comparution.

25 **Protection du défendeur** – Plusieurs délégations ont émis l'idée que le défendeur doit être particulièrement protégé car il peut ignorer qu'il a la possibilité de contester la compétence du tribunal. Ceci est vrai surtout des personnes physiques. C'est pourquoi, ces mêmes délégations se sont exprimées en faveur d'un encadrement très strict, dans la Convention elle-même, des conditions dans lesquelles la prorogation tacite peut être admise.

26 **La notion de comparution** – Il a été proposé que la Convention prévoie une définition uniforme de la notion de comparution, sans toutefois qu'un texte ait été rédigé. Certaines délégations ont exprimé l'idée que la notion de comparution et tous les aspects procéduraux y ayant trait, notamment l'ordre dans lequel les moyens de défense (sur la compétence et sur le fond) doivent être évoqués par le défendeur, relèvent du droit procédural et ne devraient pas faire l'objet de dispositions conventionnelles. Toutefois, on ne devra pas oublier les systèmes juridiques dans lesquels toute comparution, de quelque nature qu'elle soit, destinée seulement à contester la compétence, à demander au tribunal de refuser d'exercer sa compétence, à ordonner de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage, ou à libérer des biens saisis, ne peut jamais conférer compétence au tribunal devant lequel une telle comparution a lieu.

27 Enfin, il a été précisé que, dans la phase de reconnaissance et d'exécution, le juge requis devrait tout particulièrement porter son attention sur la protection du défendeur lorsque le juge d'origine s'est déclaré compétent en vertu d'une prorogation tacite. Là encore, aucun texte n'a été proposé et cette question n'a pas été discutée de manière approfondie puisque la partie reconnaissance et exécution des jugements n'a pas été abordée par la Commission spéciale.

[24] Sur les autres compétences en matière de personne morale, voir *supra* Nos 10 et s. ; *infra* Nos 28 et s.
[25] Sur les autres compétences en matière de trust, voir *infra* Nos 56 et s.

derogate from the exclusive grounds of jurisdiction which may perhaps be included in the Convention. Similarly, it may be envisaged that the choice of court clause will not be valid if it is concluded in matters or for litigation regarding which the Convention includes protective grounds of jurisdiction (consumers or workers, for example).

18 The question was also discussed as to whether, in matters relating to legal persons, the choice of court could have a role to play. It seems that a possibility of this kind might be admitted if the litigation arises between shareholders or if it arises between the company on the one hand and its shareholders or associates on the other. Thus, the clause probably ought to be included, either in the articles of association of the legal person or corporate entity or in the additional clauses.[24]

19 In matters of trusts, the question of the validity of the choice of court arose and no objection was raised to admitting choice of court for relations internal to the trust.[25]

20 As regards the value of the jurisdiction conferred by the choice of court clause, a number of delegations proposed a presumptive evidence that the jurisdiction thus chosen be exclusive, except where the parties decide otherwise and state this in the clause. These proposals apparently went unopposed.

21 Are the parties free to choose any court or must the court chosen have a reasonable link with the case? Some experts expressed a preference for the latter of the two alternatives but a greater number still favoured giving the parties the widest possible choice. Indeed, the importance was stressed of permitting the choice of a "neutral forum", or of a forum with technical skills particularly useful for the litigation concerned. Similarly, the possibility of not authorising the chosen court to decline jurisdiction might also be contemplated. However, not all aspects of this question were discussed by the experts of the Special Commission.

22 The question whether the choice of court clause can be implemented, even though a case concerns the nullity or non-existence of the contract which contains it, was not discussed. However, during the discussions many experts expressed the idea that the drafting of the treaty provisions relating to choice of court might be similar to that admitted in arbitration. It should therefore be noted here that a number of legal systems admit the autonomy of the arbitration clause in relation to the basic contract. It can therefore be deduced from this autonomy that, provided there is proof of consent to the arbitration clause, the fate of the basic contract on the occasion of which that clause was concluded is of scant importance. Whether this contract is alleged to be null and void or its existence disputed, the arbitration clause must have effect and the question of the nullity or inexistence of the contract must be heard by the arbitrators designated by the arbitration clause. A similar system might be admitted in the future Convention, subject perhaps to adapting it to the particular features of the choice of court clauses.

23 Lastly, the effect of the choice of court clause, where one of the parties to this clause wishes to sue the other in proceedings initiated by a third party, was another matter not discussed. This is the case, for instance, when the end user of a product serves a writ on the distributor of these products who, in turn, wants to bring interlocutory warranty proceedings against the manufacturer of the product. There are two possible solutions here:

(a) One presumption could be that the choice of court clause has taken effect with respect to all litigation involving the parties to the clause, even if proceedings are initiated by a third party. Thus, unless otherwise specifically agreed to the contrary, the clause would prevent action on a warranty or guarantees or other similar mechanisms in a court not chosen in the clause.

(b) The opposite presumption could say that the parties only have contemplated direct litigation among themselves and, unless otherwise specifically agreed to the contrary, the clause would not prevent action on a warranty or guarantees or in third party proceedings.

In both cases, the parties should clearly express their wish in the clause, if that wish runs counter to the presumption adopted by the Convention.

Tacit choice of court

24 The Special Commission briefly discussed whether the Convention should include a provision making it possible to extend the jurisdiction of a court tacitly by means of the defendant's mere appearance without his or her challenging the jurisdiction of the court seised. Notwithstanding opposition from one delegation, it would appear that the majority of experts were in favour of such a proposal. However, two problems were particularly highlighted requiring further discussion and, perhaps, a provision in the Convention. These were the protection of the defendant and the concept of appearance.

25 **Protection of the defendant** – A number of delegations suggested that the defendant deserved special protection inasmuch as he might not be aware that it is possible for him to challenge the jurisdiction of the court. This particularly applies to natural persons, which is why these experts favoured very strict regulation, in the Convention itself, of the conditions in which tacit choice of court is admissible.

26 **The concept of appearance** – It was suggested that the Convention should include a uniform definition of the concept of appearance, although no actual text was drafted. Some delegations felt that the concept of appearance and all related procedural aspects, especially the order in which the arguments (on jurisdiction and on the merits) should be put by the defendant, fall within procedural law and should not form the subject of provisions in the Convention. However, one should not forget legal systems in which any appearance, of whatever kind, whether aimed solely at challenging jurisdiction, at requesting the court to decline jurisdiction, at ordering the initiation of arbitration procedure or at releasing secured assets, can never confer jurisdiction on the court in which such an appearance takes place.

27 Lastly, it was explained that, at the recognition and enforcement stage, the court addressed should make a point of focusing on the protection of the defendant when the court of origin has declared that it has jurisdiction by tacit choice. Here too no text was actually proposed and the matter was not discussed in any detail as the recognition and enforcement of judgments part was not dealt with by the Special Commission.

[24] On the other grounds of jurisdiction in matters relating to legal persons, see *supra* Nos 10 *et seq.*; *infra* Nos 28 *et seq.*
[25] On the other grounds of jurisdiction in matters of trusts, see *infra* Nos 56 *et seq.*

Compétence en matière de personne morale

28 Il n'est pas inutile de rappeler, comme cela a été fait au cours des débats, que trois catégories d'actions peuvent être envisagées en matière de personne morale :

(a) les actions relatives à son existence, sa validité ou sa liquidation[26] ;

(b) les actions entreprises à l'occasion de litiges survenus entre actionnaires ; ou ceux survenus entre actionnaires d'une part et la personne morale d'autre part ;

(c) les actions engagées par un tiers à l'encontre de la personne morale, en raison essentiellement de ses activités[27].

29 De la discussion, il ressort que l'éventuelle nature exclusive de la compétence conférée par la disposition conventionnelle ne serait envisageable que pour le premier type d'actions, c'est-à-dire celles ayant trait à l'existence, la validité ou la liquidation de la personne morale[28]. En revanche, on pourrait ne pas inclure dans cette éventuelle exclusivité les actions relatives aux décisions des organes de la personne morale ou, plus généralement, à la gestion administrative de cette personne morale, dont on peut penser, la plupart du temps, qu'elles seront en réalité des actions entre actionnaires ou entre une catégorie d'actionnaires et la personne morale elle-même. Cette proposition semble avoir rallié beaucoup d'avis favorables.

30 Comme il a été dit ci-dessus[29], les actions entre actionnaires ou entre actionnaires et la personne morale peuvent être portées devant le for choisi dans les statuts de la personne morale ou les documents les modifiant. À défaut de telles dispositions statutaires, il semblerait que l'on puisse admettre que seule la compétence générale du for du défendeur soit admissible. Quant à la définition exacte de ce for en matière de personne morale, il convient de se reporter aux développements ci-dessus[30].

31 En ce qui concerne les actions engagées par un tiers, elles peuvent porter soit sur la validité, l'existence ou la liquidation de la personne morale, soit sur un litige naissant de ses activités. Il a été discuté de manière approfondie du chef de compétence admissible qui, là encore, comme en matière de compétence générale, semble favoriser plutôt une option entre le tribunal du lieu où la personne morale a été constituée ou enregistrée et celui du lieu où elle possède son centre d'administration centrale.

32 Enfin en ce qui concerne les actions intentées à l'occasion d'un litige né des activités de la société, un consensus s'est fait jour pour admettre la compétence du **for de la succursale** lorsque le litige est né de l'activité de cette succursale. Sur cette condition *sine qua non* du fonctionnement de la compétence en matière de succursale telle qu'on la connaît notamment en Europe, la Commission spéciale s'est interrogée longuement pour la comparer avec le concept de « *doing business* » aux États-Unis d'Amérique. Il est apparu clairement des discussions que dans le cadre de « *doing business* », la compétence qui en est issue est une compétence générale[31] alors que la compétence de la succursale dont il pourrait être question ici est une compétence spécifique limitée à certains litiges.

33 Traditionnellement, la règle ainsi conçue est limitée à l'hypothèse d'une activité entreprise par l'intermédiaire d'une branche, d'un établissement ou de toute autre opération sans personnalité morale distincte par rapport à la personne morale défenderesse. La question se pose cependant de l'hypothèse dans laquelle l'activité est entreprise au travers d'une filiale avec une personnalité morale distincte, mais le voile de la personnalité morale de la filiale pourrait être levé pour atteindre la société-mère. Plusieurs experts se sont en effet déclarés en faveur de ne pas utiliser l'expression « société fictive » telle que celle-ci a été utilisée dans le questionnaire adressé aux experts des États membres[32]. Il n'en demeure pas moins que cette hypothèse doit être étudiée avec précaution pour savoir si la Convention doit permettre ou non, dans certaines circonstances à préciser, de percer le voile de la filiale pour atteindre la société-mère ou éventuellement rester silencieuse sur ce point. Il est à rappeler à cet égard que de nombreuses délégations n'ont pas encore répondu au questionnaire visé ci-dessus. Une étude ne pourra effectivement être menée que si des réponses précises à ces questionnaires ont été apportées. Par ailleurs, certaines délégations ont exprimé le souhait que soient étudiées la possibilité de passer outre la personnalité morale séparée d'une filiale (ou, à cet égard, d'une société d'un groupe) pour atteindre la société-mère (ou une autre société du groupe) et conférer compétence au tribunal à leur égard, même si l'on n'utilise pas la méthode de la levée du voile de la personne morale[33].

34 Enfin, il convient de noter que certains experts ont fait référence aux travaux entrepris au sein de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale des sociétés. Ils ont suggéré que la terminologie utilisée dans la future Convention s'inspire de celle qui a été retenue par les travaux de la CNUDCI. Toutefois, il convient de noter que deux précautions doivent être prises avant de ce faire :

(a) L'insolvabilité a toujours été une matière très particulière dont la terminologie aujourd'hui reconnue internationalement pourrait ne pas être adaptée au champ d'application de la future Convention en préparation au sein de la Conférence de La Haye.

(b) Les travaux de la CNUDCI ont pris la forme d'une loi-modèle, ce qui peut entraîner une terminologie différente de celle qui devrait être adoptée dans le texte d'une convention.

Ceci étant dit, on peut rappeler que tant la loi modèle CNUDCI (art. 2.f)) que la *Convention de l'Union européenne du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité* (art. 2.h)) définissent le terme « établissement » de la manière suivante : « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens

[26] En ce qui concerne la liquidation, il conviendra de tenir dûment compte des travaux de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale et de la *Convention européenne du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité*.
[27] On peut d'ailleurs ajouter une quatrième catégorie comportant les actions entreprises au nom de la personne morale à l'encontre de ses dirigeants (*Derivative actions* des droits de *common law* par ex.). Mais ces actions n'ont pas été abordées par la Commission spéciale.
[28] Mais, même dans ce sens, l'exclusivité a été contestée par certains experts qui ont fait valoir que des questions préalables ou incidentes relatives à la validité de la personne morale peuvent se poser devant les tribunaux saisis de la validité d'un contrat ou de toute autre action mettant en cause cette personne morale. Ils ont souligné qu'il serait alors très lourd d'exiger une suspension de l'instance jusqu'à temps que le tribunal exclusivement compétent, pour statuer sur la validité de la personne morale, se soit prononcé. Il serait intéressant, à cet égard, d'obtenir des praticiens et juristes d'entreprise une idée de la fréquence de ces questions préalables ou incidentes dans les procès mettant en cause une personne morale.
[29] Cf. *supra* No 18.
[30] Cf. *supra* Nos 10 et s.
[31] L'expression « compétence générale » est ici employée au sens expliqué ci-dessus au No 7.
[32] Cf. annexe IV du Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), qui n'a pas été reproduite dans ce tome (mais elle est accessible à l'adresse <www.hcch.net>).
[33] Rappelons ici la teneur de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 9 déc. 1987 (affaire 218/86) *SARL Schotte c. C. Parfums Rothschild, Rec.*, p. 4905). Dans cette affaire, la société Parfums Rothschild se trouvait être la filiale à 100 % de la société Rothschild Allemagne. La Cour de justice a admis que la filiale française soit attraite par le demandeur devant le tribunal du siège de sa maison-mère en Allemagne. La Cour permet ainsi d'interpréter très largement le mot « établissement » au sens de l'art. 5 (5) de la Convention de Bruxelles, puisqu'elle admet que la société-mère puisse servir d'établissement à sa filiale. Comme le reconnaît un auteur, cette décision n'est pas conciliable avec les autres décisions rendues par la Cour de Justice en interprétation du même texte.

Jurisdiction in matters regarding legal persons

28 It is perhaps useful to recall, as was the case throughout the discussions, that three categories of action may be envisaged with respect to legal persons or corporate entities:

(a) actions relating to their existence, validity or liquidation;[26]

(b) actions brought on the occasion of disputes arising among shareholders; or disputes arising between shareholders and the legal person or corporate entity;

(c) actions initiated by a third party against the legal persons or corporate entity, essentially as a result of its activities.[27]

29 It transpired from the discussion that the possible exclusivity of the jurisdiction conferred by the Convention provision would only be contemplated for the first type of action, *i.e.*, actions relating to the existence, validity or liquidation of the legal persons or corporate entity.[28] On the other hand, this possible exclusivity might not include actions relating to decisions of the legal officers of the legal person or, in more general terms, relating to its management. In reality these actions could mostly be expected to be actions between shareholders or between a category of shareholders and the legal person itself. This proposal appears to have attracted a good deal of support.

30 As indicated above,[29] actions among shareholders or between shareholders and the legal person may be brought in the forum chosen in the by-laws of the legal person or in the documents amending them. In the absence of such a provision in the by-laws, it would seem that only the general jurisdiction of the forum of the defendant may be admissible. As for the exact definition of this forum in matters relating to legal persons, reference should be made to the comments above.[30]

31 Actions instituted by third parties might relate to the validity, existence or liquidation of the legal person or to a dispute arising from its activities. Detailed discussion was given to the admissible ground of jurisdiction and here, too, as in matters relating to general jurisdiction, there seemed to be support for an option between the court of the place of incorporation and that of the place where it has its central management.

32 Lastly, as regards actions brought in connection with litigation arising from the activities of a company, a consensus emerged in favour of admitting the jurisdiction of the **forum of the branch** where the dispute has arisen from the activity of that branch. On this *sine qua non* condition for the operation of jurisdiction with respect to branches as it is known in Europe for instance, the Special Commission devoted a great deal of thought to whether it is comparable with the concept of "doing business" in the United States of America. It clearly transpired from the discussions that the jurisdiction arising from "doing business" is of a general nature,[31] while the branch jurisdiction which might be concerned here is a specific jurisdiction limited to certain types of disputes.

33 Traditionally, the rule as thus conceived is limited to the case of an activity undertaken by a branch, place of business or any other operation with no legal personality separate from the legal person which is the defendant. However, the question arises of a case where the activity is undertaken through a subsidiary with a distinct legal personality, though the veil of the corporate entity could be pierced in order to reach the parent company. Indeed, a number of experts were in favour of not using the expression "fictitious company" as used in the questionnaire sent to the experts from the Member States.[32] The fact nevertheless remains that this case requires careful study to ascertain whether, in certain circumstances still to be decided, the Convention should or should not allow the veil of the subsidiary to be pierced in order to reach the parent company or whether no reference at all should be made to this point. In this connection, it should be noted that many delegations have not yet replied to the above-mentioned questionnaire. A proper study can only be made if detailed replies to the questionnaire are returned. Also, some experts expressed the view that a study be conducted as to the possibility of piercing the corporate veil of a subsidiary (or, in this respect, of one company in a group) in order to reach the parent company (or another company in the same group) for the purpose of conferring jurisdiction on the court against them, even if the method of piercing the corporate veil is not employed.[33]

34 Lastly, it should be noted that some experts referred to UNCITRAL's efforts relating to international insolvency. They suggested that the terminology adopted by UNCITRAL should serve as model for that used in the future Convention. However, two precautions need to be taken before doing so, namely:

(a) Insolvency has always been a very unique matter, whose terminology, now internationally recognised, might not be adaptable to the scope of application of the new Convention currently being prepared by the Hague Conference.

(b) UNCITRAL's work took the form of a Model Law. Thus, the resulting terminology may be different from that which should be adopted in the text of a convention.

That being said, it may be recalled that both the UNCITRAL Model Law (Art. 2(f)) and the *European Union Convention of 23 November 1995 on Insolvency Proceedings* (Art. 2(h)) define the term "place of business" as follows: "Any place of operations where the debtor carries out a non-transitory

[26] Where liquidation is concerned, due account should be taken of the work of UNCITRAL with respect to international insolvency and of the *European Union Convention of 23 November 1995 on Insolvency Proceedings*.
[27] A fourth category could be added consisting of actions initiated on behalf of the legal person against its directors (derivative actions under common law systems, for instance). However, these actions were not addressed by the Special Commission.
[28] Even in this respect, however, exclusivity was disputed by some experts, who argued that preliminary or incidental questions relating to the validity of the legal person might be put to the courts seised with the validity of a contract or of any other action involving this legal person. They stressed that it would then be very cumbersome to require a suspension of the proceedings until such time as the court with exclusive jurisdiction to adjudicate on the validity of the legal person had given a verdict. In this connection, it would be interesting to obtain from legal practitioners and corporate lawyers an idea of the frequency of such preliminary or incidental questions in proceedings involving legal persons.
[29] *Cf. supra* No 18.
[30] *Cf. supra* Nos 10 *et seq.*
[31] The term "general jurisdiction" is used here in the sense explained above in No 7.
[32] *Cf.* Annex IV to Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), which has not been reproduced in this tome (but is available at <www.hcch.net>).
[33] This is an appropriate point to remind ourselves of the content of the Judgment of the European Court of Justice of 9 December 1987 (case 218/86) *SARL Schotte v. C. Parfums Rothschild, ECR*, p. 4905). In this case, the Company Parfums Rothschild proved to be a wholly owned subsidiary of Rothschild Germany. The Court allowed the plaintiff to bring the French subsidiary before the court of the headquarters of its parent company in Germany. The Court thus permits a very broad interpretation of the word "place of business" ("*établissement*") under Art. 5 (5) of the Brussels Convention, admitting as it does that the parent company may serve as the place of business of its subsidiary. As one writer acknowledges, this decision cannot be reconciled with the other decisions rendered by the Court of Justice interpreting the same text.

humains et des biens »[34]. La seule différence entre les deux textes est reflétée par la loi modèle CNUDCI qui ajoute le mot « services » à la fin de la définition.

Compétence en matière immobilière

35 Un point de vue général s'est assez vite dégagé pour dire que toutes les actions en matière de droit réel immobilier (mettant en cause le titre de propriété, notamment) doivent pouvoir être portées devant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble. Il s'agit en effet d'une compétence universellement reconnue et elle ne se heurte, *a priori*, à aucune difficulté de principe.

36 En revanche, dès qu'il est question de savoir ce que l'on entend exactement par « action en matière de droit réel immobilier », les difficultés commencent. La terminologie exacte qui pourrait être utilisée par la disposition conventionnelle n'a pas été trouvée de manière définitive. Le concept d'action « *in rem* » a été considéré comme insuffisamment précis dans un certain nombre de systèmes juridiques. Les disparités qui peuvent effectivement exister sur le contenu exact de la catégorie des actions en matière immobilière devront-elles être réglées par la Convention ? Sur cette question, la Commission spéciale ne s'est pas mise définitivement d'accord, tout en rappelant cependant la tradition de la Conférence de La Haye qui est de ne pas inclure de qualification juridique dans les conventions elles-mêmes.

37 De longues discussions ont eu lieu concernant les baux d'immeubles. Plusieurs délégations ont appelé l'attention de la Commission spéciale sur le fait que de nombreuses règles d'ordre public peuvent exister dans le pays de situation de l'immeuble pour les baux qui peuvent être conclus sur ces immeubles. Donner compétence à un autre juge que le juge de situation de l'immeuble peut éventuellement entraîner une évasion de ces règles d'ordre public. À cela, d'autres délégations ont répondu que lier la compétence juridictionnelle à l'application de règles d'ordre public, qui ne concernent pas toutes les dispositions des baux d'immeubles, est peut-être une position démodée dans la mesure où, de plus en plus, les juges acceptent d'appliquer, ou tout au moins de prendre en considération, les règles d'ordre public étrangères. Par ailleurs, si le juge saisi n'a pas appliqué les règles d'ordre public étrangères éventuellement applicables, le résultat sera l'impossibilité de reconnaître ou d'exécuter le jugement dans le pays du lieu de situation de l'immeuble. Toutefois, pour éviter toutes ces difficultés, on pourrait proposer que, dans le cadre de certains baux et notamment les baux d'habitations, le for du lieu de situation de l'immeuble reçoive compétence à condition que le bailleur ou le locataire y aient eux-mêmes leur résidence habituelle[35]. En effet, force est de reconnaître que la plupart des règles d'ordre public en matière de baux ne concernent pas l'immeuble en tant que tel mais la personne du bailleur et / ou celle du locataire.

38 En ce qui concerne d'autres contrats, il a été mentionné une difficulté particulière lorsqu'une garantie est donnée sous la forme d'un bien réel immobilier situé dans un autre pays que celui dans lequel la garantie est donnée, ou régi par un autre droit que celui en vertu duquel la garantie est consentie. Devant quel tribunal un litige touchant à une garantie réelle doit-il être porté ? La Commission spéciale n'a pas pleinement discuté de cette hypothèse, mais les premiers échanges de vues ont montré que si compétence était éventuellement donnée au tribunal de la situation de l'immeuble, celle-ci ne devrait pas avoir de caractère exclusif dans ce cas. De plus, une délégation a émis une préférence pour que, dans une telle hypothèse, la compétence en matière contractuelle soit utilisée.

39 La question de l'exclusivité de la compétence en matière immobilière a été longuement débattue. Les deux grands axes suivants se dégagent du débat :

(a) La compétence du lieu de situation de l'immeuble pourrait être exclusive en ce qui concerne les actions ayant pour objet une contestation relative à un droit réel immobilier et à un bail d'immeuble dans certaines circonstances.

(b) Des exceptions à cette exclusivité devraient être prévues au moins pour les hypothèses suivantes :

(i) les actions ayant trait à un immeuble lorsque celui-ci fait partie d'une opération économique plus large (garantie sur un prêt commercial par ex.) ;

(ii) pour les baux autres que ceux réservés exclusivement à l'habitation principale du locataire lui-même partie à l'action.

40 Il a également été discuté du point de savoir si cette compétence conventionnelle s'applique alors que l'immeuble est détenu par un trust. Il est fait référence à la décision rendue par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Webb*[36] dans laquelle la Cour a dit pour droit que l'interprétation des droits conférés par un « *constructive trust* » portant sur un bien immobilier situé en France est de la compétence des tribunaux anglais et non pas de la compétence des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble, c'est-à-dire la France. Toutefois, les délégations se sont trouvées partagées sur l'approbation ou l'improbation à donner à cette décision. La Commission spéciale n'a, pour le moment, pas tranché la difficulté.

Compétence en matière de propriété intellectuelle

41 La première difficulté à laquelle la Commission spéciale a été confrontée a trait au caractère traditionnellement territorial des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, certains experts ont précisé que ce caractère territorial n'empêche pas, dans certains cas, de donner compétence à un tribunal autre que celui du lieu où les droits de propriété en cause ont été enregistrés. Il convient alors de distinguer les actions relatives à la validité de l'enregistrement lui-même et celles relatives à

[34] Par ailleurs, la Convention de l'Union européenne prévoit une règle de compétence internationale qui est reproduite ici à toutes fins utiles :
« Article 3. Compétence internationale
1. Les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.
2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État contractant, les juridictions d'un autre État contractant ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État contractant. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.
3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure secondaire. Cette procédure doit être une procédure de liquidation.
4. Une procédure territoriale d'insolvabilité visée au paragraphe 2 ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité en application du paragraphe 1 que :
a) si une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en application du paragraphe 1 en raison des conditions établies par la loi de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, ou
b) si l'ouverture de la procédure territoriale d'insolvabilité est demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège, se trouve dans l'État contractant sur le territoire duquel est situé l'établissement concerné, ou dont la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement. »

[35] Il ne serait pas forcément nécessaire que la résidence habituelle se trouve exactement dans le ressort du tribunal qui reçoit compétence mais il suffirait qu'elle soit située dans le pays dans lequel est situé ce tribunal.

[36] CJCE, 17 mai 1994, aff. No C-294/92, *Rec.* I-1717.

economic activity with human means and goods."[34] The only difference between the two texts is that the UNCITRAL Model Law adds the word "services" at the end of the definition.

Jurisdiction in matters of immovable property

35 A general view very soon emerged to the effect that it must be possible for all actions relating to immovable property rights (challenging the title of property, for example) to be brought before the court of the place where the immovable property is situated. This is in fact a universally recognised jurisdiction and, *a priori*, it does not raise any fundamental difficulty.

36 On the other hand, once we reach the point to define what precisely is meant by "action relating to an immovable property right", the problems begin. The exact terminology which might be used by the Convention provision has not definitively been decided upon. The concept of actions *in rem* has been considered as too imprecise in a number of legal systems. Should the disparities which may exist as to the precise content of the category of actions relating to immovable property be regulated by the Convention? On this matter, the Special Commission has not yet reached final agreement, although it did recall the tradition of the Hague Conference whereby no legal characterisation is included in the conventions themselves.

37 There were long discussions on immovable property leases. A number of delegations drew the Special Commission's attention to the fact that many public policy rules may exist in the countries where the immovable property is situated for the leases concluded on these immovable properties. To confer jurisdiction on a court other than the court where the immovable property is situated can result in an evasion of these public policy rules. Other delegations countered this argument by remarking that linking jurisdiction to the application of public policy rules (all real property lease provisions are not in the nature of public policy rules) is perhaps an outmoded approach inasmuch as courts increasingly agree to apply, or at least take into account, foreign public policy rules. Also, if the court seised has not applied the foreign public policy rules that may be applicable, this would make it impossible to recognise or enforce the judgment in the country where the immovable property is situated. However, to avoid all these difficulties, it might be proposed that, with respect to certain leases, residential leases in particular, the forum of the place where the immovable property is situated be given jurisdiction provided the lessor or lessee themselves have their habitual residence in that country.[35] In fact, it must be acknowledged that most public policy rules relating to leases do not concern the immovable property itself but the person of the lessor and / or the lessee.

38 Where other contracts are concerned, mention was made of a particular difficulty where a warranty is given in the form of real property situated in a country other than the one in which the warranty is given, or covered by a law other than that under which the warranty is given. Which court should hear a case concerning a warranty on real property? The Special Commission did not fully discuss this case, but the initial exchanges of views showed that if jurisdiction was conferred on the court where the immovable property is situated, that jurisdiction should not be exclusive. Further, one expert stated a preference for contractual jurisdiction to be used in such a case.

39 The question of the exclusivity of jurisdiction in matters relating to immovable property was discussed at length. The following two major trends emerged from the discussion:

(a) Jurisdiction of the place where the immovable property is situated might be exclusive as regards actions concerning a dispute regarding a property right and a property lease in certain circumstances.

(b) Exceptions to this exclusivity should be envisaged at least for the following cases:

(i) actions concerning immovable property where the property is part of a larger economic operation (security on a commercial loan for example);

(ii) for leases other than those reserved exclusively for the principal abode of the tenant who is himself a party to the lawsuit.

40 The question was also discussed as to whether this jurisdiction under the Convention applies where the immovable property is held in trust. Reference was made to the decision rendered by the European Court of Justice in the *Webb* case,[36] in which the Court ruled that the interpretation of the rights conferred by a "constructive trust" relating to property situated in France fell within the jurisdiction of the English courts and not within that of the courts of the place where the property was situated, that is, France. However, the delegations were divided on whether that decision should be approved or condemned. The Special Commission has not yet resolved this difficulty.

Jurisdiction in matters of intellectual property

41 The first difficulty with which the Special Commission was confronted concerned the traditionally territorial nature of intellectual property rights. However, some experts stated that this territorial nature formed no obstacle, in certain cases, to conferring jurisdiction on a court other than the one in the place where the property rights concerned have been registered. A distinction should therefore be made between actions relating to the validity of the registration itself and

[34] Moreover, the European Convention also includes a rule of international jurisdiction which is reproduced here for information:
"Article 3. International jurisdiction
1. The courts of the Contracting State within the territory of which the centre of a debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the centre of its main interests in the absence of proof to the contrary.
2. Where the centre of a debtor's main interests is situated within the territory of a Contracting State, the courts of another Contracting State shall have jurisdiction to open insolvency proceedings against that debtor only if he possesses an establishment within the territory of that other Contracting State. The effects of those proceedings shall be restricted to the assets of the debtor situated in the territory of the latter Contracting State.
3. Where insolvency proceedings have been opened under paragraph 1, any proceedings opened subsequently under paragraph 2 shall be secondary proceedings. These latter proceedings must be winding-up proceedings.
4. Territorial insolvency proceedings referred to in paragraph 2 may be opened prior to the opening of main insolvency proceedings in accordance with paragraph 1 only:
(a) where insolvency proceedings under paragraph 1 cannot be opened because of the conditions laid down by the law of the Contracting State within the territory of which the centre of the debtor's main interests is situated, or
(b) where the opening of territorial insolvency proceedings is requested by a creditor who has his domicile, habitual residence or registered office in the Contracting State within the territory of which the establishment is situated, or whose claim arises from the operation of that establishment."

[35] The habitual residence would not necessarily have to be located precisely within the judicial area of the court on which jurisdiction is conferred, but it would be enough for it to be situated in the country in which the court is situated.

[36] ECJ, 17 May 1994, Case No C-294/92, *ECR* I-1717.

la violation des droits de propriété intellectuelle (contrefaçon et autres violations analogues)[37].

42 En ce qui concerne les actions en **validité d'enregistrement**, deux conceptions peuvent être mises à jour qui ne sont pas forcément exclusives l'une de l'autre :

(a) Il peut être donné compétence exclusive au tribunal du lieu de l'enregistrement, compte tenu de ce que le jugement à intervenir pourra entraîner une injonction de faire ou de ne pas faire à destination de la personne responsable de cet enregistrement, injonction qui ne peut se concevoir que par le tribunal dans le ressort duquel se trouve situé le registre en question. Le jugement ainsi rendu, en vertu de cette compétence exclusive, aura effet *erga omnes*.

(b) L'action en validité peut éventuellement être intentée devant un tribunal étranger par rapport au lieu de l'enregistrement. Dans ce cas, le jugement à intervenir aura seulement un effet *inter partes* sans qu'aucune injonction de quelque nature que ce soit ne puisse en résulter vis-à-vis de la personne en charge de l'enregistrement. En ce qui concerne le juge compétent dans cette deuxième hypothèse, il est vraisemblable qu'aucune règle spécifique ne soit nécessaire mais que cette compétence soit une compétence connexe à une action délictuelle, contractuelle ou portée devant le juge ayant compétence générale à l'égard du défendeur en cause.

43 Certaines délégations se sont posées la question de savoir si l'on ne peut pas trouver des règles de compétence dans la multitude de textes internationaux existant en matière de propriété intellectuelle. À cet égard, il est reproduit, pour autant que cela soit utile, le *Protocole sur la compétence judiciaire et la reconnaissance de décisions portant sur le droit à l'obtention du brevet européen*, annexe à la *Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens* (Convention sur le brevet européen)[38]. Est également significatif, dans le cadre des négociations de la future Convention, l'article 131 de la Convention sur le brevet européen portant dispositions en matière de coopération administrative et judiciaire. Ce texte se lit ainsi qu'il suit :

> « (1) Sauf si la présente convention ou la législation nationale en dispose autrement, l'Office européen des brevets et les juridictions ou autres autorités compétentes des États contractants s'assistent mutuellement, sur demande, en se communiquant des informations ou des dossiers. Lorsque l'Office européen des brevets met des dossiers à la disposition des juridictions, des ministères publics ou des services centraux de la propriété industrielle à des fins de consultation, celle-ci n'est pas soumise aux restrictions prévues à l'article 128. »[39]
>
> « (2) Sur requête de l'Office européen des brevets, les juridictions ou autres autorités compétentes des États contractants procèdent pour l'Office, dans les limites de leur compétence, aux mesures d'instruction ou autres actes juridictionnels. »

Par ailleurs, l'*Accord en matière de brevets communautaires*, fait à Luxembourg le 15 décembre 1989[40], comporte une sixième partie intitulée « Compétence et procédure en ce qui concerne les actions relatives aux brevets communautaires autres que celles régies par le Protocole sur les litiges ». Cette partie de l'Accord ainsi que le Protocole sur les litiges (le *Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires*) sont reproduits respectivement en annexe II au présent rapport[41].

44 On doit également mentionner la Partie III de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'Accord sur les ADPIC), annexe à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce. Cette Partie III intitulée « Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle » insiste beaucoup sur les procédures et mesures correctives ainsi que sur les mesures provisoires que chaque État partie s'engage à organiser sur son territoire. À toutes fins utiles, ce texte est reproduit ci-après à l'annexe III[42].

Compétence en matière d'exécution des jugements

45 Cette compétence a été discutée brièvement par la Commission spéciale et plusieurs experts ont exprimé l'idée qu'une compétence telle que celle prévue à l'article 16 (5) des Conventions de Bruxelles et de Lugano (compétence exclusive donnée aux tribunaux du lieu d'exécution de la décision) est superflue. En effet, certains ont souligné le fait que cette compétence est évidente et qu'il n'est pas nécessaire de la prévoir. De surcroît, son caractère exclusif est certainement nuisible dans la mesure où l'exécution d'un jugement peut se faire sur plusieurs territoires en même temps si les biens situés sur chacun de ces territoires ne sont pas suffisants, à eux seuls, pour satisfaire le jugement en cause. Par ailleurs, plusieurs délégations ont émis l'idée que si une règle était éventuellement insérée dans la future Convention, elle aurait de préférence sa place dans la partie consacrée à la reconnaissance et à l'exécution des décisions. Toutefois, on doit noter que la règle contenue dans l'article 16 (5) des Conventions de Bruxelles et de Lugano, hormis son caractère exclusif, n'est peut-être pas inutile afin de préciser que l'exécution d'un jugement ne doit pas se faire seulement au for du défendeur. À défaut d'une règle spécifique, en effet, il serait possible d'interpréter la Convention en ce sens.

Compétences de protection

46 Bien que l'idée ait été émise que cette expression « compétence de protection » ne soit pas appropriée car elle peut prêter à confusion et notamment donner l'impression que les règles en discussion s'éloignent du principe de proximité, la Commission spéciale a néanmoins accepté d'user de cette expression pour les besoins de la discussion sans prendre aucune décision sur le point de savoir si cette expression se trouverait d'une manière ou d'une autre reproduite dans la future Convention.

47 La compréhension qui s'est dégagée des travaux de la Commission spéciale sur la signification de l'expression « compétence de protection » peut être résumée ainsi sous forme de question : certains plaideurs, du fait qu'ils sont considérés habituellement comme la partie la plus faible, doivent-ils bénéficier d'un ou plusieurs for(s) alternatif(s) « plus favorable(s) » au détriment éventuellement de l'autre partie au litige ? L'une des difficultés de la question vient de ce que la notion même de for « plus favorable » prête à confusion dans la mesure où il ne s'agit ici que d'une faveur ayant trait à la compétence juridictionnelle internationale, sans que l'on puisse se préoccuper de la substance du droit qui sera

[37] Rappelons ici que l'art. 16 (4) des Conventions de Bruxelles et de Lugano donne compétence exclusive « aux juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale ». Mais cette compétence ne s'applique qu'en « matière d'*inscription* ou de *validité* des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement » (souligné par nous).

[38] L'annexe I n'est pas reproduite dans ce tome, voir le site Internet de l'Office européen des brevets à l'adresse <www.epo.org>, sous la rubrique « Informations juridiques ».

[39] L'art. 128 porte disposition en matière d'inspection publique.

[40] *JO* L 401 du 30.12.1989, p. 1 à 27.

[41] L'annexe II n'est pas reproduite dans ce tome, voir le site Internet « L'accès au droit de l'Union européenne » à l'adresse <cur-lex.europa.eu>.

[42] L'annexe III n'est pas reproduite dans ce tome, voir le site Internet de l'Organisation mondiale du Commerce à l'adresse <www.wto.org>.

actions relating to the violation of intellectual property rights (infringements and other similar violations).[37]

42 With respect to actions concerning the **validity of registration**, two views may be highlighted which are not necessarily mutually exclusive:

(a) Exclusive jurisdiction may be conferred on the court of the place of registration, since the judgment to be rendered may result in a positive or negative injunction on the person responsible for the registration, which only the court in whose jurisdiction the register in question is situated has the power to issue. The judgment thus rendered under this exclusive jurisdiction will be valid *erga omnes*.

(b) The action for a declaration of validity may be brought in a court foreign from that of the place of registration. In such cases, the judgment to be rendered will only have effect *inter partes*, there being no possibility of an injunction of any kind on the person responsible for the registration. As regards the court with jurisdiction in this second hypothesis, it is likely that no specific rule will be necessary but that this jurisdiction will be one related to a tortious or contractual action or one brought before the court with general jurisdiction with respect to the defendant to the action.

43 Some delegations wondered whether jurisdictional rules could not be found in the numerous international texts which exist on the subject. In this connection, the *Protocol on Jurisdiction and the Recognition of Decisions in respect of the Right to the Grant of a European Patent*, which is an annex to the *Convention of 5 October 1973 on the Grant of European Patents* (European Patent Convention) is reproduced in case it may be useful.[38] Also significant, in the context of the negotiations for the future Convention, is Article 131 of the European Patent Convention containing provisions on administrative and judicial co-operation. This text reads as follows:

> "(1) Unless this Convention or national laws provide otherwise, the European Patent Office and the courts or authorities of Contracting States shall on request give assistance to each other by communicating information or opening files for inspection. Where the European Patent Office makes files available for inspection by courts, Public Prosecutors' Offices or central industrial property offices, the inspection shall not be subject to the restrictions laid down in Article 128."[39]

> "(2) At the request of the European Patent Office, the courts or other competent authorities of Contracting States shall undertake, on behalf of the Office and within the limits of their jurisdiction, any necessary enquiries or other legal measures."

Also, the *Agreement relating to Community patents*, done at Luxembourg on 15 December 1989,[40] includes a Part VI entitled "Jurisdiction and Procedure in Actions Relating to Community Patents Other than those Governed by the Protocol on Litigation". This Part of the Agreement as well as the Protocol on Litigation (the *Protocol on the Settlement of Litigation concerning the Infringement and Validity of Community Patents*) are reproduced in Annex II to this report.[41]

44 Mention should also be made of Part III of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (the TRIPS Agreement), an Annex to the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization. This Part III entitled "Enforcement of Intellectual Property Rights" lays great emphasis on procedures and corrective measures as well as on the provisional measures which every State pledges to set in place on its territory. For information, this text is reproduced in Annex III below.[42]

Jurisdiction in matters regarding the enforcement of judgments

45 This jurisdiction was briefly discussed by the Special Commission and several experts expressed the view that the jurisdiction as set forth in Article 16 (5) of the Brussels and Lugano Conventions (exclusive jurisdiction given to the courts of the place where the decision has been or is to be enforced) is superfluous. A number of experts stressed in fact that this jurisdiction is self-evident and does not need to be included. Furthermore, its exclusivity is certainly harmful in that the judgment may be enforced within a number of territories simultaneously if the assets situated on each of them are not adequate, in themselves, to comply with the judgment concerned. Also, several experts said that if a rule were to be inserted into the future Convention, it ought ideally to be included in the part devoted to the recognition and enforcement of decisions. However, it should be noted that the rule in Article 16 (5) of the Brussels and Lugano Conventions, quite apart from its exclusive character, may perhaps be helpful for making it clear that the enforcement of a judgment should not be restricted solely to the forum of the defendant. In the absence of such a specific rule it would, in fact, be possible to interpret the Convention in this way.

Protective jurisdiction

46 Although it was suggested that the expression "protective jurisdiction" was not appropriate, since it could be confusing and, in particular, give the impression that the rules under discussion were straying from the principle of proximity, the Special Commission nevertheless agreed to use this expression for the purposes of the discussion, yet without taking any decision as to whether the expression would be used in one form or another in the future Convention.

47 The understanding which emerged from the work of the Special Commission as to the meaning of the expression "protective jurisdiction" can therefore be summed up in the form of a question: should certain litigants, by virtue of the fact that they are usually regarded as the weaker party, enjoy the benefit of one or more "more favourable" alternative fora, perhaps to the detriment of the other party to the dispute? One of the difficulties of this issue stems from the fact that the very concept of a "more favourable" forum is confusing since all that is concerned here is favour with respect to international jurisdiction, without there being any question of considering the substance of the law which will be applied by the

[37] It should be noted here that Art. 16 (4) of the Brussels and Lugano Conventions confers exclusive jurisdiction on "the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or is under the terms of an international convention deemed to have taken place". This jurisdiction, however, only applies "in proceedings concerned with the *registration* or *validity* of patents, trade marks, designs, or other similar rights required to be deposited or registered" (emphasis added).

[38] Annex I has not been reproduced in this tome, see the website of the European Patent Office at <www.epo.org>, under "Law & practice".

[39] Art. 128 covers public inspection.

[40] *OJ* L 401, 30.12.1989, pp. 1-27.

[41] Annex II has not been reproduced in this tome, see the "Access to European Union law" website at <eur-lex.europa.eu>.

[42] Annex III has not been reproduced in this tome, see the website of the World Trade Organization at <www.wto.org>.

appliqué par le juge compétent. Il se peut ainsi que, paradoxalement, l'issue du litige se trouve être défavorable à la partie que l'on a cherché à protéger. Force est de constater que cet écueil, noté par plusieurs experts, sera extrêmement difficile à éviter par les dispositions de la future Convention.

48 Parmi les catégories de plaideurs qui pourraient bénéficier de ces compétences de protection, il a été suggéré, avec l'approbation de nombreuses délégations, de les limiter à deux. Il s'agirait en effet de comprendre dans la notion de consommateurs toutes les personnes qui acquièrent un bien ou contractent un service, y compris un service en matière d'assurances ou en matière bancaire, pour des besoins familiaux ou personnels. Cela permettrait alors de ne pas prévoir des dispositions séparées en matière d'assurances. La seconde catégorie serait celle des travailleurs dont il n'a pas été décidé de savoir si des sous-catégories devaient être prévues telles que les travailleurs détachés ou les travailleurs expatriés. Toutefois, certaines délégations ont noté que plus les catégories sont détaillées, plus les frontières sont difficiles à déterminer entre ces différentes catégories, le contentieux se multipliant à cet égard en retardant la solution du litige.

49 **Consommateurs** – La règle devrait être limitée aux personnes physiques contractant une obligation (achat d'un bien, contrat pour une prestation de services y compris en matière d'assurances ou bancaire) pour ses besoins personnels, domestiques ou familiaux. De surcroît, toutes les propositions qui ont été faites de projet de disposition prévoient la compétence du tribunal du demandeur, c'est-à-dire de sa résidence habituelle, sans forcément que des conditions supplémentaires soient exigées. Toutefois, une proposition, au moins, complète la résidence habituelle du demandeur par la condition que le défendeur ait agi positivement vis-à-vis du demandeur et que cette activité ait eu pour conséquence qu'une offre de contracter soit parvenue au demandeur sur son territoire par l'un des moyens de communication possibles (publicité adressée par la poste, publicité téléphonique, publicité télévisée, télé-achat, offre de contracter et publicité par l'intermédiaire d'Internet ou tout autre moyen de communication permettant d'atteindre le consommateur au lieu de sa résidence habituelle). Si la Commission spéciale devait confirmer cette orientation, la règle ne s'appliquerait pas lorsque le consommateur se déplace du pays de sa résidence habituelle dans un autre pays pour contracter ou acheter un bien ou adresse lui-même l'offre de contracter dans un pays étranger sans que celle-ci ait été précédée par une action du défendeur reçue dans le pays de la résidence habituelle du consommateur.

50 Toutes les délégations qui se sont exprimées sont tombées d'accord pour dire que si une compétence de protection était prévue en matière de consommateurs, il conviendrait de limiter la validité des clauses de prorogation de juridiction qui pourraient être insérées dans les contrats passés par ces personnes.

51 Pour ce qui a trait aux **travailleurs**, un premier for alternatif proposé à la disposition du travailleur pourrait être celui du lieu où le travailleur possède le centre de ses activités professionnelles. Cette règle permet de donner compétence au juge du lieu d'exécution du travail lorsque le travailleur exécute son travail dans un lieu fixe. Lorsque le travailleur exécute son travail sur le territoire de plusieurs États, il possède toujours un centre d'activités, ne serait-ce que le lieu où il revient périodiquement pour établir ses rapports, gérer le résultat de ses activités professionnelles, conserver ses dossiers et archives. Ce lieu sera souvent celui de sa résidence habituelle mais pourra être éventuellement un autre lieu[43]. Aucune délégation n'a formulé d'opposition de principe sur ce chef de compétence qui restera bien entendu à affiner.

[43] Ce pourra notamment être le lieu de situation de l'établissement de l'employeur auquel est rattaché le salarié.

52 En revanche, une plus grande controverse est née pour admettre, en plus du chef de compétence formulé ci-dessus, une compétence du juge de la résidence habituelle du salarié. Certaines délégations ont expliqué qu'une telle compétence serait trop favorable au travailleur surtout si cette résidence habituelle est celle à laquelle le travailleur se trouve après la fin du contrat. Certes, le travailleur peut retourner à la résidence habituelle qu'il avait à l'époque où il a commencé sa relation de travail. Toutefois, ceci n'est pas toujours le cas et il peut paraître inéquitable d'exiger que l'employeur se défende devant le tribunal de toute nouvelle résidence habituelle que le travailleur peut décider de prendre. C'est pourquoi, il a été suggéré que si le chef de compétence de la résidence habituelle du travailleur devait être retenu, ce serait alors la résidence habituelle que le travailleur avait au moment de l'exécution du contrat, même si le litige est né à l'occasion de la fin du contrat de travail et que le travailleur a changé de résidence habituelle. En effet, la résidence habituelle du travailleur durant l'exécution du contrat de travail est prévisible pour l'employeur et limite ainsi les « surprises » auxquelles l'employeur pourrait avoir à faire face autrement. Malgré cette précision, le chef de compétence tiré de la résidence habituelle du travailleur présente une autre difficulté lorsqu'il s'agit des travailleurs frontaliers. Il a été suggéré, à cet égard, qu'il serait inéquitable d'obliger l'employeur à attraire le salarié devant le tribunal du pays dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle alors qu'il exécute son travail sur le territoire juste au-delà de la frontière. Cette difficulté très particulière pourrait donner lieu à une exception si le chef de compétence de la résidence habituelle du travailleur était néanmoins retenu.

53 Comme pour les consommateurs, il a été précisé que les clauses d'élection de for devaient être soumises à un régime de validité plus sévère afin de mieux protéger le salarié. Cependant, le contenu exact de cette disposition n'a pas été discuté.

Actions de groupe

54 À l'occasion de la discussion portant sur les compétences de protection, il a été évoqué à plusieurs reprises la question délicate des actions de groupe. En effet, bien que les actions de groupe ne soient pas spécifiques aux catégories de plaideurs à protéger, telles les consommateurs et les travailleurs, il est certain que c'est avant tout dans ces domaines qu'elles se sont développées. La Commission spéciale a estimé qu'elle n'était pas suffisamment informée sur les actions de groupe et a donc réservé sa position en attendant qu'une étude de droit comparé soit effectuée. Cette étude sera lancée au début de l'année 1998 par le Bureau Permanent de la Conférence, dans l'espoir d'être distribuée aux délégations avant la Commission spéciale qui se réunira en novembre 1998. C'est seulement à ce moment là que la question des actions de groupe sera à nouveau discutée par les experts à la Commission spéciale.

55 En tout état de cause, plusieurs experts ont émis des doutes sur la possibilité d'évincer les règles de compétence de protection lorsque l'action est entreprise par un groupe de plaideurs. De plus, les experts ont également considéré que la Convention, si elle devait contenir des dispositions en matière d'actions de groupe, ne devrait pas se prononcer sur des questions de loi applicable, d'intérêt à agir ou toute autre question qui demeure de la compétence des lois nationales en la matière.

Compétence en matière de trust

56 La Commission spéciale a discuté de l'opportunité de créer une règle de compétence particulière pour les trusts. Malgré quelques réticences de départ, la discussion a montré

court having jurisdiction. Hence, paradoxically, the outcome of the litigation may prove to be unfavourable to the party which the provision tried to protect. It has to be admitted that this pitfall, noted by a number of experts, will be extremely difficult to avoid in the future Convention.

48 Among the categories of litigants who might benefit from this protective jurisdiction, it was suggested, with the endorsement of many delegations, that they be limited to two. Within the concept of consumers would have to be included all persons acquiring goods or contracting a service, including a service in matters relating to insurance or banking, for family or personal reasons. This would mean that no separate provisions would be required for insurance matters. The second category would be workers, regarding which it was not decided whether to consider introducing sub-categories, such as workers on secondment or expatriates. However, some experts noted that the more detailed the categories were, the harder it was to determine the dividing lines between them; as litigation proliferates on this point, the longer the settlement of such litigation is delayed.

49 **Consumers** – The rule ought to be limited to natural persons entering into an obligation (the purchase of goods, a contract for the performance of services including in insurance and banking) for their personal, domestic or family use. Further, all the draft provisions proposed envisage the jurisdiction of the court of the plaintiff, that is, of his or her habitual residence, without necessarily requiring any other conditions to be met. However, one proposal at least added to the plaintiff's habitual residence the condition that the defendant should have acted positively towards the plaintiff and that the consequence of this activity should be that an offer to contract should have reached the plaintiff on his territory by one of the possible means of communication (advertisement sent by post, advertisement on TV, teleshopping, offer to contract and advertisement via the Internet or any other means of communication making it possible to reach the consumer at his or her place of habitual residence). Were the Special Commission to confirm this view, the rule would not apply where the consumer travels from the country of his or her habitual residence to another country in order to contract or purchase goods or he or she makes the offer to contract in a foreign country without the offer being preceded by an action of the defendant received in the country of the consumer's habitual residence.

50 All the delegations which expressed a position agreed that, if protective jurisdiction were envisaged with respect to consumers, the validity of the choice of court clauses which could be inserted in contracts concluded by such persons would have to be limited.

51 Where **workers** are concerned, one alternative forum proposed for the worker could be that of the worker's centre of professional activity. This rule means that jurisdiction could be conferred upon the court of the place where the work is performed, when the worker performs his or her work in a fixed place. Where the worker performs his or her work within the territory of several States, he or she always has a centre of activity, be this merely the place to which he or she periodically returns in order to prepare his reports, look after his accounts or keep his files and records. This place will often be that of his or her habitual residence but might also be another place.[43] No delegation opposed this jurisdictional ground in principle, though it will obviously require further refinement.

[43] For example, it might be the place where the employer to whom the employee is connected has his or her place of business.

52 What was much more controversial on the other hand was whether to accept, in addition to the jurisdictional ground expounded above, the jurisdiction of the court of the employee's habitual residence. Some delegations explained that such jurisdiction would be too favourable to the worker, especially if his or her habitual residence is that where the worker resides after the contract has expired. Admittedly, the worker can return to what had been his habitual residence when he commenced his working relationship. However, this is not always the case and it may seem unfair to require the employer to defend himself or herself in the court of any new habitual residence the worker may decide to take up. This is why it was suggested that if the jurisdiction of the worker's habitual residence were adopted, this would be the habitual residence of the worker when the contract was performed, even if the dispute arose on the expiry of the work contract and the worker has changed his or her habitual residence. In fact, the worker's habitual residence during the performance of the work contract is foreseeable for the employer and thus limits any "surprises" the employer might otherwise have to face. Notwithstanding this clarification, the jurisdiction derived from the worker's habitual residence presents a further difficulty where cross-border workers are concerned. In this connection, it was suggested that it would be inequitable to compel the employer to call the employee before a court of the country in which the worker has his or her habitual residence whereas he / she performs his / her work on the territory just over the border. This very special difficulty might give rise to an exception if the jurisdiction of the worker's habitual residence was adopted nevertheless.

53 As for consumers, it was explained that the choice of court clauses ought to be subjected to a stricter validity system so as to afford the employee better protection. However, the precise content of this provision was not discussed.

Group actions

54 During the discussion concerning protective jurisdiction, the delicate question of group actions was raised several times. In fact, while group actions are not specific to the categories of litigants requiring protection, such as consumers and workers, it is certain they have developed in these fields above all. The Special Commission considered that it did not have sufficient information on group actions and therefore reserved its position until a comparative law study has been made. That study will be launched in early 1998 by the Permanent Bureau of the Conference and, it is hoped, will be distributed to delegations before the Special Commission to be held in November 1998. Only then will the question regarding group actions be discussed again by the experts of the Special Commission.

55 At all events, a number of experts expressed doubt about the possibility of dispensing with the rules of protective jurisdiction where the action is brought by a group of litigants. It was also the view of the experts that, were the Convention to contain provisions relating to group actions, it ought not to rule on matters of applicable law, on interest in bringing an action or any other matter which must remain within the ambit of domestic law in this respect.

Jurisdiction in matters of trusts

56 The Special Commission discussed the desirability of creating a special jurisdictional rule for trusts. Despite some initial reluctance, the discussion showed that it would be

qu'il serait préférable de prévoir une compétence en matière de trust, quitte à ce qu'elle soit limitée à certaines actions, en particulier pour certains trusts spécifiquement mentionnés.

57 En ce qui concerne les actions, il semble que la règle de compétence à prévoir se limiterait aux actions internes à la relation de trust. La Convention ne prévoirait donc pas de règle spécifique lorsque l'action est intentée par un tiers ou à l'encontre d'un tiers. Ces actions suivraient le régime des autres règles de compétence prévues par la Convention.

58 Pour ce qui est des trusts pour lesquels la règle de compétence serait applicable, une majorité d'experts sont tombés d'accord pour dire que, malgré l'accroissement important du contentieux en matière de trusts créés par l'opération de la loi (tels que les *resulting trusts* ou les *constructive trusts*), il est préférable que toute règle spéciale de la Convention se limite aux trusts créés volontairement par écrit ainsi que le prévoit la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. Toutefois, une délégation a attiré l'attention de la Commission spéciale sur l'article 20 de la Convention Trust de 1985 permettant à tout État contractant de « déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice ». Certains États ayant ratifié la Convention de 1985 ont fait usage de cette déclaration. On pourrait alors imaginer que la future Convention puisse permettre de procéder de même à une déclaration pour l'extension de la règle de compétence à d'autres trusts que les trusts créés volontairement. Cette proposition n'a pas suscité d'opposition.

59 Si le consensus est né pour dire qu'une règle de compétence en matière de trust devrait être incluse dans la Convention, le critère de compétence à choisir a été plus âprement discuté. En effet, force est de reconnaître que le trust n'est pas une entité juridique et n'a pas, en conséquence, la personnalité juridique. Le trust en tant que tel ne peut donc pas être demandeur ou défendeur à une action en justice. Après avoir constaté que la notion de « domicile » n'a aucun sens pour un trust, en l'absence d'une définition conventionnelle, le choix semble se limiter à quatre chefs de compétence possibles. Tout d'abord, aucune objection n'a été émise à l'encontre de l'élection de for. Si aucune élection de for n'existe, trois chefs de compétence sont possibles :

(a) le domicile du *trustee* ;

(b) le centre de gravité du trust ;

(c) le domicile du constituant.

60 Il a également été précisé qu'une récente tendance se dessine aujourd'hui pour désigner des « *protectors of trusts* » si bien que le texte de la règle conventionnelle devrait prendre en considération cette nouvelle tendance. De plus, plusieurs délégations de pays de *common law* ont précisé que lorsque le contentieux porte sur un immeuble détenu en trust, la compétence du lieu de situation de l'immeuble cède devant la compétence prévue en matière de trust. Ces précisions étant données et pouvant entraîner certains amendements à la proposition de texte qui a été distribuée aux experts, cette proposition demeure le point de départ pour une nouvelle discussion à ce sujet qui sera entreprise soit par la Commission spéciale de mars 1998 soit par celle de novembre 1998[44].

Compétence en matière d'obligations alimentaires

61 Cette compétence a été très brièvement discutée d'autant que plusieurs délégations ont noté qu'il serait peut-être préférable d'exclure les obligations alimentaires du champ d'application de la future Convention. En tout état de cause, si une telle exclusion n'avait pas lieu, on a fait remarquer la difficulté d'admettre le for du créancier d'aliments, surtout lorsque c'est une autorité publique qui est chargée de recouvrer ces aliments pour avoir payé elle-même les aliments au créancier.

Mesures provisoires et conservatoires

62 Après avoir reconnu que le contentieux international contemporain donne de plus en plus de place aux mesures provisoires et conservatoires[45], la Commission spéciale n'a pas rejeté la possibilité d'inclure une ou plusieurs dispositions à cet égard dans la future Convention. Toutefois, cette décision ne va pas sans difficulté dans la mesure où il est clair que la notion même de « mesures provisoires ou conservatoires » est difficile à cerner, qu'elle n'est pas unitaire, loin s'en faut, et que, selon le type de mesures considérées, un effet extraterritorial à cette mesure pourra être accordé ou dénié. Pour toutes ces raisons, à la demande expresse de la Commission spéciale, il sera établi une Note descriptive des diverses mesures disponibles dans divers systèmes juridiques, leurs effets extraterritoriaux potentiels et le contentieux que ces mesures ont suscité, allant au-delà des principes généraux contenus dans la Résolution d'Helsinki de l'*International Law Association*[46], dont tous les experts se sont accordés à dire que leur rédaction est très utile mais insuffisamment précise pour servir de base à la rédaction de règles de compétence directe.

63 Trois propositions de texte ont été présentées aux experts de la Commission spéciale. Bien que deux de ces propositions aient fait l'objet d'une discussion relativement approfondie, aucune conclusion ne peut en être tirée puisque toute discussion complémentaire a été reportée après la prise de connaissance de la Note dont il a été question ci-dessus. Néanmoins, pour les débats futurs sur cette question, il est

[44] La proposition se lit de la manière suivante :
« Compétence en matière de trusts
1 Dans les procédures qui ont pour objet la détermination de la validité du trust, son interprétation, sa modification, la mise en œuvre de l'acte créant le trust ou la contestation née de cet acte entre les trustees ou les bénéficiaires, auront compétence exclusive les tribunaux de l'État –
a) désignés expressément à cet effet dans l'acte de trust, ou
b) en l'absence d'une telle désignation, dans lequel est situé le lieu principal de l'administration du trust concerné, ou
c) si un tel lieu ne peut pas être déterminé, dans lequel est situé le lieu avec lequel le trust a le lien le plus étroit et le plus réel.
2 Les dispositions du paragraphe premier s'appliqueront nonobstant le fait que le trust peut être jugé invalide ou non existant.
3 Pour déterminer le lieu avec lequel le trust a son lien le plus étroit et le plus réel, il est tenu compte notamment :
a) du ou des lieux d'administration du trust ;
b) des lieux de résidence ou d'établissement des trustees ; et
c) du ou des lieux où les objectifs du trust doivent être accomplis. »

[45] Cf. *supra* No 44 et annexe III (accessible à l'adresse <www.wto.org>) pour un exemple en matière de propriété intellectuelle.

[46] Cf. annexe I du Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2).

preferable to include jurisdiction in matters of trusts, even if it was restricted to certain actions, in particular relating to certain trusts specifically mentioned.

57 Where the actions themselves were concerned, it appeared that the jurisdictional rule to be included would be limited to actions internal to the trust relationship. Hence, the Convention would not include a specific rule when the action was instituted by a third party or against a third party. These actions would follow the system provided for the other jurisdictional rules in the Convention.

58 As regards trusts to which the jurisdictional rule would apply, a majority of experts agreed that, despite the major increase in disputes arising out of trusts created by operation of law (such as resulting trusts or constructive trusts), it is preferable for all special rules of the Convention to be limited to trusts created voluntarily in writing as provided by the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*. However, one delegation drew the attention of the Special Commission to Article 20 of the 1985 Trusts Convention authorising any Contracting State to "declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions". Some States which have ratified the 1985 Convention have used this declaration. It is conceivable, therefore, that the future Convention might likewise allow a declaration for the extension of the jurisdictional rule to trusts other than those created voluntarily. There was no opposition to this proposal.

59 Although there was a consensus to the effect that a jurisdictional rule for trust cases ought to be included in the Convention, the jurisdictional criterion to be chosen was the subject of more heated debate. Indeed, a trust is not a legal entity and therefore does not have legal personality. Thus the trust as such cannot be plaintiff or defendant in an action. Once it has been noted that the concept of "domicile" has no meaning for a trust, in the absence of any definition in the Convention, the choice seems to be limited to four possible grounds of jurisdiction. To begin with, no objection was raised to the choice of forum. If no choice of forum exists, there are three possible grounds of jurisdiction:

(a) the domicile of the trustee;

(b) the centre of gravity of the trust;

(c) the domicile of the settlor.

60 It was also stated that a recent trend was emerging in favour of designating "protectors of trusts", so that the text of the rule in the Convention ought to take into account this new trend. Further, a number of delegations from common law countries stated that where the litigation relates to a property held in trust, the jurisdiction of the place where the property is situated yields to the jurisdiction laid down for trust cases. Subject to these clarifications, possibly entailing amendments to the proposed text distributed to the experts, this proposal remains the starting point for further discussion on this topic by the Special Commission in March 1998 or November 1998.[44]

Jurisdiction in matters regarding maintenance obligations

61 This jurisdiction was given very brief attention as some delegations noted that it might perhaps be preferable to exclude maintenance obligations from the scope of application of the future Convention. In any event, if there were to be no such exclusion, the difficulty of admitting the forum of the maintenance creditor has been remarked upon, especially when it is a public authority responsible for recovering this maintenance, having itself paid the maintenance to the creditor.

Provisional and protective measures

62 Having acknowledged that modern international litigation affords an ever greater place to provisional and protective measures,[45] the Special Commission did not reject the possibility of including one or more provisions on this subject in the future Convention. However, this decision is not without problems since it is clear that the very concept of "provisional and protective measures" is difficult to define, not uniform, and, depending on the type of measures considered, they may be granted or declined an extraterritorial effect. For all these reasons, at the express request of the Special Commission, an explanatory Note will be prepared describing the various measures available in various legal systems, their potential extraterritorial effects and the litigation these measures have generated, going beyond the general principles in the Helsinki Resolution of the International Law Association.[46] Indeed, all experts agreed that this Resolution is very helpful but not precise enough to serve as the basis for the wording of rules of direct jurisdiction.

63 Three proposed texts were presented to the experts of the Special Commission. Although two of these proposed texts were the subject of relatively detailed discussion, no conclusion could be drawn therefrom, since all further discussion was postponed until after experts had seen the Note referred to above. However, for future discussions on this matter, it is

[44] The proposal reads as follows:
"Jurisdiction in matters of trusts
1 In the case of proceedings whose object is to decide upon the validity, interpretation, variation or implementation of a trust instrument or upon any dispute under the terms thereof between or among trustees and beneficiaries, there shall be exclusive jurisdiction in the courts of the State –
a) designated expressly for this purpose in terms of the trust instrument, or
b) failing which, in which is situated the principal place of administration of the trust in question, or
c) if such a place cannot be determined, in which is situated the place with which the trust has the closest and most substantial connection.
2 The provisions in paragraph 1 apply notwithstanding that the trust may be held to be invalid or non-existent.
3 In order to ascertain the place with which a trust has its closest and most substantial connection, weight shall be given in particular to:
a) the place or places where the trust is administered;
b) the places of residence or business of the trustees; and
c) the place or places where the purposes of the trust are to be fulfilled."

[45] *Cf. supra* No 44 and Annex III (available at <www.wto.org>) for an example relating to intellectual property.

[46] *Cf.* Annex I to Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2).

préférable de reproduire ici chacune de ces propositions, sachant qu'elles ne sont que préliminaires[47].

64 La Commission spéciale n'a pas discuté du point de savoir si les mesures provisoires ou conservatoires, pour lesquelles des règles de compétence seraient insérées dans la Convention, comprendraient les mesures en matière de preuve ou les «*anti-suit injunctions*».

Compétence en matière contractuelle[48]

65 Il convient tout d'abord de préciser que la compétence en matière contractuelle dont il est question ici concerne tous les contrats, à l'exception des contrats conclus par les consommateurs, dans la nouvelle acception que la Commission spéciale semble vouloir donner de ce terme[49], ou de ceux conclus par des travailleurs. Une assez longue discussion sur l'opportunité d'une règle spécifique en matière contractuelle a permis de conclure que cette règle peut être utile à condition qu'elle reflète un réel besoin et qu'elle ne résulte pas dans un *forum actoris* systématique. En effet, il a été indiqué que 90 % des hypothèses soumises à l'application de l'article 5 (1) des Conventions de Bruxelles et de Lugano[50] entraînaient purement et simplement la compétence du tribunal du demandeur. À cet égard, de nombreux experts, sans toutefois faire l'unanimité, ont souhaité se départir de la rédaction de l'article 5 (1) des Conventions précitées, car trop complexe, et ce d'autant plus avec l'interprétation donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes, selon laquelle la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande doit être trouvée dans la loi applicable à cette obligation. Il résulte de cette jurisprudence un éclatement du contentieux et une multiplication des fors compétents dont beaucoup se sont accordés à dire qu'ils doivent être évités. De plus, lorsque l'obligation qui sert de base à la demande est celle du paiement, la compétence sera diamétralement opposée selon que la loi applicable décide que le paiement est portable (c.-à-d. qu'il est réputé avoir lieu au domicile du créancier) ou est quérable (c.-à-d. qu'il est réputé avoir lieu au domicile du débiteur).

66 Puisque l'opportunité d'insérer une règle spécifique a été reconnue par la majorité des délégations, la discussion s'est alors portée sur le choix du critère. Il a été rappelé que les cas dans lesquels les critères de compétence choisis par la future Convention en matière contractuelle auraient à s'appliquer, seraient vraisemblablement relativement résiduels dans la mesure où de nombreux contrats comportent une clause d'élection de for. Les règles de compétence conventionnelle s'appliqueront donc en l'absence d'élection de for ou lorsque cette élection de for est invalidée par le juge.

67 Quant au critère à choisir, une longue discussion s'est développée autour de la notion de **prestation caractéristique**. Une forte majorité des experts qui se sont exprimés a critiqué ce chef de compétence non seulement parce qu'il est impossible, dans bien des contrats, de déterminer la prestation caractéristique, mais aussi parce que cette détermination a souvent un caractère artificiel et ne correspond pas forcément aux réalités concrètes du contrat en cause.

68 C'est pourquoi, l'idée selon laquelle parmi tous les contrats que la pratique peut inventer[51], on pourrait décider de choisir quelques contrats, a été retenue par plusieurs délégations sans qu'une liste ait été dressée. Toutefois, il a été suggéré que, parmi les contrats les plus fréquents, pourraient être retenus, par exemple, le contrat de vente et le contrat de prestation de services. En ce qui concerne le premier, il a été reconnu que le tribunal du lieu où la livraison concrète et réelle de la chose a eu lieu, ou aurait dû avoir lieu, est le tribunal le plus approprié. En ce qui concerne la prestation de services, le tribunal le plus approprié semble être celui où elle doit (ou aurait dû) concrètement s'exécuter.

69 Un document de synthèse des différentes propositions qui ont été préparées par les experts et dont la Commission spéciale n'a pas eu le temps de discuter en détail, est annexé au présent rapport[52].

70 Il n'a pas été discuté du champ d'application de la compétence qui sera choisie. Le juge du contrat sera-t-il compétent pour se prononcer sur un litige né des pourparlers précontractuels et, plus généralement, de la formation du contrat? Cette compétence s'appliquera-t-elle lorsqu'il y a une chaîne de contrats? La règle de compétence sera-t-elle applicable à la répétition de l'indu? Sera-t-elle également applicable aux actions déclaratoires[53]? Autant de questions que la Commission spéciale qui se réunira en mars 1998 devra aborder. En revanche, il a été dit, sans que des oppositions se forment, que le juge compétent en vertu de la compétence contractuelle le sera, même lorsque l'action porte sur la validité du contrat.

---

[47] Texte des propositions en matière de mesures provisoires et conservatoires:
Proposition No 1:
«Les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être demandées:
a) aux autorités de l'État contractant qui sont compétentes pour connaître du fond du litige conformément aux dispositions de la présente Convention;
b) aux autorités compétentes de l'État contractant dans lequel elles sont destinées à prendre effet.»
Proposition No 2:
«Les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être demandées:
a) aux tribunaux de l'État contractant qui sont compétents pour connaître du fond du litige conformément aux dispositions de la présente Convention;
b) aux tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel se trouvent des biens du débiteur qui pourront servir à l'exécution du jugement à intervenir. Cette compétence est limitée aux biens situés sur le territoire de cet État.
Les procédures nationales qui permettent à un tribunal d'ordonner un paiement par provision ne sont pas des mesures provisoires ou conservatoires au sens de la présente Convention.»
Proposition No 3:
«Mesures provisoires et conservatoires
1 Toute partie à un litige pendant devant les tribunaux d'un État contractant peut demander des mesures provisoires ou conservatoires aux autorités de tout autre État.
2 La compétence des tribunaux d'un État contractant pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires est limitée aux biens situés sur son territoire. Sous réserve du paragraphe 4 ci-dessous, la procédure à suivre et la détermination de la situation des biens sont laissées à la loi du for.
3 L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires ne crée pas en lui-même une compétence sur le fond du litige.
4 En décidant d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires dans un État contractant autre que celui dans lequel le litige au fond est pendant, les circonstances pertinentes doivent être prises en considération et notamment:
a) toutes mesures similaires prises dans d'autres États contractants;
b) l'issue potentielle du litige;
c) les probabilités selon lesquelles le jugement à intervenir devra être exécuté dans l'État contractant où les mesures ont été demandées;
d) l'éventualité qu'un dommage soit causé à la situation commerciale ou financière du défendeur; et
e) l'éventualité que le demandeur garantisse l'indemnisation du défendeur pour ses pertes ou dommages si le demandeur perd son procès.
5 Les États contractants peuvent reconnaître ou exécuter les mesures provisoires ou conservatoires accordées dans d'autres États contractants, mais ne sont pas obligés de ce faire.»

[48] Il a été suggéré que l'on pourrait éviter les difficultés inhérentes à la qualification des matières «contractuelles» et «délictuelles» en procédant activité par activité. Toutefois, pour le moment, aucune proposition concrète n'a été présentée pour discussion à la Commission spéciale.

[49] Cf. *supra* No 49.

[50] Rappelons que l'art. 5 (1) (hors contrats de travail) des Conventions de Bruxelles et de Lugano dispose:
«Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre:
1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée».

[51] Une liste non exhaustive pourrait contenir les contrats suivants: vente entre professionnels, prestation de services, contrat d'entreprise (en ce compris le contrat d'*engineering*, de transport, de construction, d'information), contrat de mandat, contrat d'agence, contrat de franchise, contrat de distribution (distribution en général, contrat de distribution sélective, concession, commission), contrat de courtage, de licence de propriété intellectuelle, de sous-traitance, d'entreprise conjointe, d'informatique, de location (location financière, crédit-bail, affacturage) contrat de prêt, garantie (personnelle ou réelle, sûreté positive ou négative), contrat relatif aux litiges (transaction, convention d'arbitrage).

[52] L'annexe IV, «Propositions de dispositions en matière contractuelle», n'est pas reproduite dans ce tome (mais elle est accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

[53] À plusieurs reprises, il a été évoqué le problème particulier des actions déclaratoires ou préventives. Ce problème a notamment été évoqué à l'occasion de la discussion sur la compétence en matière délictuelle. Cependant un accord s'est formé pour dire qu'une discussion générale sur les actions déclaratoires devait avoir lieu pour déterminer si, comme cela semble se dessiner, une règle particulière est nécessaire à cet égard.

preferable to reproduce here each of these proposals, bearing in mind that they are provisional only.[47]

64 The Special Commission did not discuss the question as to whether the provisional and protective measures for which jurisdictional rules would be inserted into the Convention would include measures relating to evidence or "anti-suit injunctions".

Jurisdiction in matters relating to contract[48]

65 It should first be explained that the contract jurisdiction at issue here concerns all contracts, except those concluded by consumers, in the new sense the Special Commission seems to wish to give this term,[49] or those concluded by workers. A rather lengthy discussion on the desirability of a specific rule in contractual matters resulted in the conclusion that such a rule may be useful provided it reflects a genuine need and is not the result of a systematic *forum actoris*. Indeed, it was shown that 90% of the cases subject to the application of Article 5 (1) of the Brussels and Lugano Conventions[50] simply entailed the jurisdiction of the plaintiff's court. In this connection, many experts, though not all, wished to depart from the wording of Article 5 (1) of the above-mentioned Conventions, it being too complex, especially in the light of the interpretation given by the European Court of Justice, to the effect that the determination of the place of performance of the obligation which serves as the basis of the claim must be sought in the law applicable to that obligation. The effect of this case law has been a fragmentation of litigation and a proliferation of fora which many people agree should be avoided. Further, when the obligation concerned is one of payment, the jurisdiction will be one of two diametrically opposed extremes depending on whether the applicable law determines that the payment is deemed to have been made at the creditor's domicile or at the debtor's domicile.

66 Since most delegations recognised that it was desirable to insert a specific rule, the discussion turned to the choice of criterion. It was pointed out that the cases in which the jurisdictional criteria selected by the future Convention in matters relating to contracts would be applied would in all likelihood be somewhat residual as many contracts include a choice of forum clause. The jurisdictional rules in the Convention will thus apply in the absence of a choice of forum or when that choice is invalidated by a court.

67 As regards which criterion to select, a lengthy discussion developed around the concept of **characteristic performance**. A large majority of experts who spoke criticised this ground of jurisdiction not only because in many contracts it is impossible to determine the characteristic performance, but also because this determination is often artificial and does not necessarily correspond to the concrete realities of the contract concerned.

68 This is why the idea was endorsed by a number of experts that, of all the contracts which practice can come up with,[51] a decision might be taken to choose just a few, although no list was drawn up. However, it was suggested that, among the most frequent contracts, those that might be chosen were, for example, the contract for sale and the contract for the performance of services. With respect to the former, it was acknowledged that the court of the place where the actual delivery of the goods occurred, or should have occurred, is the most appropriate court. As regards the performance of services, the most appropriate court seems to be the one where the performance should (or should have) actually be (or been) performed.

69 A document summarising all the various proposals prepared by the experts and which the Special Commission did not have time to discuss in detail is annexed to this report.[52]

70 The scope of the jurisdiction to be chosen was not discussed. Will the court of the contract have jurisdiction to rule on a dispute arising out of pre-contractual negotiations and, in more general terms, from the formation of the contract? Will this jurisdiction apply where there is a chain of contracts? Will the jurisdictional rule be applicable to the recovery of payment which is not owed? Will it also be applicable to declaratory judgments?[53] All of these are questions which the Special Commission to be convened in March 1998 will have to address. On the other hand, it was stated, unopposed, that the court with jurisdiction by virtue of the contractual jurisdiction will have jurisdiction even where the action concerns the validity of the contract.

[47] The text of the proposals relating to provisional and protective measures:
Proposal No 1:
"Provisional and protective measures may be requested before –
a) the authorities of the Contracting State which have jurisdiction to rule on the merits of the dispute under the provisions of the present Convention;
b) the authorities of the Contracting State on the territory of which such measures are envisaged to be recognised and executed."
Proposal No 2:
"Provisional and protective measures may be requested before –
a) the courts of the Contracting State which have jurisdiction to rule on the merits of the dispute under the provisions of the present Convention,
b) the courts of the Contracting State where the debtor has assets out of which the ultimate judgment may be satisfied. In this case the jurisdiction shall be restricted to assets located within the jurisdiction.
The procedure in domestic law under which the court may order an interim payment is not a provisional and protective measure for the purposes of this Convention."
Proposal No 3:
"Provisional and protective measures
1 A party to a dispute pending in a Contracting State is free to seek provisional or protective measures in any jurisdiction.
2 The jurisdiction of a Contracting State to grant provisional or protective measures is limited to assets located on its territory. Subject to paragraph 4, the procedure to be followed and the location of the assets is determined by the law of the forum.
3 The granting of provisional or protective measures does not in itself create jurisdiction to decide the substance of the dispute.
4 When granting provisional or protective measures in a Contracting State other than that where the dispute is pending, regard shall be had to all relevant circumstances, including –
a) any similar measures taken in other Contracting States,
b) the likely outcome of the dispute,
c) the extent to which a judgment is likely to be enforced in the Contracting State where measures are requested,
d) the extent to which damage may be caused to the business or financial position of the respondent, and
e) the extent to which the plaintiff gives security to indemnify the respondent for such loss or damage should the applicant's claim be unsuccessful.
5 Contracting States may, but are not obliged to recognise and enforce provisional and protective measures granted in other Contracting States."

[48] It was suggested that the inherent difficulties in characterising matters relating to "contract" or "tort" could be avoided by adopting an "activity by activity" approach. However, to date, no concrete proposal has been submitted for discussion by the Special Commission.

[49] *Cf. supra* No 49.

[50] Let us recall that Art. 5 (1) (work contracts apart) of the Brussels and Lugano Conventions states that:
"A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:
1. (a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question".

[51] A non-exhaustive list might contain the following contracts: sale between professionals, performance of services, *contrat d'entreprise* (including engineering, transport, construction and information), agency, franchise, distribution (general distribution, selective distribution, concession, commission), brokerage, intellectual property licence, sub-contract, joint ventures, data processing, tenancy (financial tenancy, leasing, factoring), loan agreement, bond agreement (personal security, security other than personal, positive or negative security), those relating to disputes (settlement, arbitration agreement).

[52] Annex IV, "Proposals concerning provisions with regard to contracts", has not been reproduced in this tome (but is available at <www.hcch.net>).

[53] The special problem of declaratory or preventive judgments was raised several times. For example, this problem was referred to during the discussion on jurisdiction in tort. However, a consensus emerged to the effect that there ought to be a general discussion on declaratory judgments to ascertain whether, as appeared to be the case, a special rule is required in this respect.

Compétence en matière de délits

71 Après des discussions relativement longues sur les délits en général, desquelles il résulte notamment que la Commission spéciale a admis la nécessité d'inclure une ou plusieurs dispositions en matière de responsabilité délictuelle, la Commission a discuté de certains délits spécifiques tels les accidents de la circulation routière, la responsabilité du fait des produits, la diffamation, les délits en matière d'environnement et les délits en matière de concurrence.

72 **Accidents de la circulation routière** – Pour tous les délits qui révèlent que le fait générateur et le dommage immédiat se situent sur le même territoire, compétence serait conférée au tribunal du lieu de l'accident sans autre condition ni critère complémentaire. Cette proposition ne semble pas avoir soulevé d'objection. L'application de cette règle donnerait les résultats suivants :

(a) Un accident de la circulation survient en Mauritanie et met en cause un autocar dans lequel ont pris place des passagers de plusieurs nationalités, certains résidant au Japon, d'autres aux États-Unis d'Amérique et d'autres enfin en Argentine[54]. Les victimes résidant dans ces différents pays et, par hypothèse, plus ou moins longtemps après l'accident selon la gravité de leur état, retournant dans le pays de leur résidence habituelle, devront néanmoins poursuivre le ou les responsables de l'accident devant les tribunaux mauritaniens.

(b) Dans ce même accident de circulation, un passager décède, qui avait sa résidence habituelle au Japon et laisse une veuve et trois enfants en bas âge. Le préjudice subi par cette veuve et ses trois enfants peut être qualifié de préjudice « indirect » et ne doit pas donner lieu à une compétence particulière, si bien que ces victimes devront également poursuivre en Mauritanie.

73 La question a également été posée de savoir quel est le sort des procédures pénales qui sont souvent entreprises en cas d'accidents de la circulation. Cette question n'a pas été discutée en détail par la Commission spéciale, mais on peut imaginer qu'elle devra l'être, conjointement avec la question de savoir quel type de décisions entre dans le champ d'application de la Convention. Une des réponses possibles est que quelle que soit la désignation du tribunal (y compris un tribunal pénal) ce sont toutes les décisions, quelle que soit leur dénomination, rendues en matière civile et commerciale qui peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention. C'est ainsi que lorsque le droit d'un État contractant autorise la victime à choisir de poursuivre soit devant un tribunal civil soit sous forme d'action civile devant le tribunal pénal, il n'y a aucune raison *a priori* d'interdire la reconnaissance et l'exécution du jugement à intervenir sur cette action civile.

74 **Responsabilité du fait des produits** – La première difficulté à laquelle les experts ont été confrontés concerne la définition de la notion de « fait générateur » qui peut être comprise comme visant la fabrication du produit, sa commercialisation ou sa consommation. Si l'on choisit de définir le fait générateur comme la fabrication du produit, la compétence reviendra au tribunal du défendeur, c'est-à-dire, soit le juge de la compétence générale, soit celui de la succursale ou branche dont il a été déjà discuté[55]. Si, au contraire, on décide de définir le fait générateur comme étant la commercialisation du produit, il existera autant de tribunaux que de pays dans lesquels le produit aura été commercialisé par le fabricant. Plusieurs délégations se sont prononcées contre une telle possibilité car, par principe, elles estiment que la Convention doit éviter la multiplication des fors concurrents. Enfin, il est possible que le produit soit consommé dans un pays où il n'a pas été commercialisé[56]. C'est le cas lorsqu'un touriste achète un bien dans un pays qu'il visite, le ramène dans le pays de sa résidence habituelle dans lequel ce bien est alors utilisé et produit le dommage. Là encore, plusieurs délégations ont émis des doutes sur la pertinence d'un tel chef de compétence.

75 Une assez longue discussion s'est ensuite développée autour des notions de « prévisibilité » et de maîtrise des circuits de distribution. La Commission spéciale s'est trouvée partagée sur ces questions mais cela relève peut-être plus d'un malentendu que d'un véritable désaccord. En effet, lorsque dans le Document préliminaire No 7[57], il a été fait allusion à cette notion de prévisibilité, ce n'était pas pour que le mot lui-même apparaisse dans une proposition de texte mais simplement comme un principe pouvant, parmi d'autres, être gardé en mémoire pour guider le choix d'un chef de compétence plutôt qu'un autre. En effet, toute la discussion a montré que lorsque l'on cherche à insérer dans une disposition écrite la condition de prévisibilité, on se heurte à des difficultés de preuve peut-être insurmontables, qui pourraient alourdir et renchérir inutilement le contentieux sur la compétence, résultat contraire aux objectifs que l'on s'est fixé pour cette Convention. L'article 7 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*[58] a été également discuté. Mais, il a été noté que ce texte éventuellement pertinent pour la loi applicable ne l'est pas nécessairement pour la compétence juridictionnelle. Par ailleurs, plusieurs experts ont estimé la règle trop complexe et insuffisamment claire.

76 C'est également à l'occasion de la discussion sur la responsabilité du fait des produits que la question des dommages et intérêts « excessifs » a été soulevée. Toutefois, la discussion n'a pas prospéré sur cette question puisque la Commission spéciale n'a pas eu le temps d'aborder le chapitre III du Document préliminaire No 7 consacré aux effets des décisions étrangères. Un Document de travail a néanmoins été déposé qui demeurera à discuter par la Commission spéciale en mars 1998[59].

77 **Délit en matière d'environnement** – Bien que la question de l'environnement ait été portée au programme de travail de la Conférence[60], un consensus a été atteint pour ne pas exclure *a priori* les dommages causés par un délit environnemental qui, d'ailleurs, la plupart du temps, peut être assimilé aux délits à distance. En effet, une particularité du délit environnemental c'est que ses effets peuvent atteindre une victime située sur un autre territoire que celui dans lequel le fait générateur a eu lieu, autre territoire éventuellement situé très loin de celui du fait générateur. On pourrait considérer alors que la règle de compétence soit modelée sur celle retenue par la Cour de Justice des Communautés européennes

[54] C'est à dessein que nous choisissons des pays qui ne sont pas Parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, afin de ne pas courir le risque de discuter indirectement du champ d'application géographique de la future Convention, dont il n'a pas été discuté par la Commission spéciale.

[55] Cf. *supra* No 32.

[56] La plupart du temps, en effet, le lieu de commercialisation du produit et le lieu de sa consommation seront identiques.

[57] No 122.

[58] Le texte de cet article se lit de la manière suivante :
« Ni la loi de l'État sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, ni la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne directement lésée, prévues par les articles 4, 5 et 6, ne sont applicables si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans l'État considéré. »

[59] Le Document de travail cité au texte porte comme titre : « Limite ayant trait à l'exécution des jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs ». Cette proposition est une adaptation de l'art. 8 A du projet de traité bilatéral entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique, annexe V du Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2). Le texte se lit de la manière suivante :
« La reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger condamnant au paiement de dommages et intérêts monétaires, seraient limitées au montant (y compris les intérêts et les coûts) défini par le droit du tribunal requis, compte tenu des conclusions en fait et en droit retenues par le tribunal d'origine. »

[60] Acte final de la Dix-huitième session, 19 octobre 1996, partie B, Décision 3, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 46.

Jurisdiction in matters of tort

71 After somewhat lengthy discussions on tort in general, from which it emerged notably that the Special Commission has accepted the necessity of including one or more provisions relating to tort, the Commission discussed certain specific torts such as road traffic accidents, products liability, libel, environmental torts and torts in competition matters.

72 **Traffic accidents** – For all torts which reveal that the harmful event and the direct damage are situated within the same territory, jurisdiction would be conferred upon the court of the place of the accident without any other condition or additional criterion. This proposal does not appear to have been opposed. The application of this rule would lead to the following results:

(a) A traffic accident occurs in Mauritania involving a coach occupied by passengers of various nationalities, some residing in Japan, others in the United States of America and yet others in Argentina.[54] As the victims all reside in different countries and, depending on the seriousness of their condition, return to the country of their habitual residence sooner or later after the accident, they will nevertheless have to sue the person or persons responsible for the accident in the courts of Mauritania.

(b) In the same traffic accident, a passenger dies whose habitual residence was in Japan. He is survived by a widow and three young children. The harm suffered by this widow and her three children can be characterised as "indirect" and should not give rise to a special jurisdiction. These victims will therefore also have to sue in Mauritania.

73 Another question which was raised was the fate of the criminal proceedings often initiated in traffic accident cases. This was not discussed in any detail by the Special Commission, but it is conceivable that it may have to be addressed, together with the question of determining the type of decisions falling within the scope of the Convention. A possible solution is that, regardless of the designation of the court (including a criminal court) and regardless of their denomination, all decisions rendered in civil and commercial proceedings may fall within the scope of the Convention. Hence, when the law of a Contracting State authorises the victim to choose to sue either in a civil court or by bringing a civil action in a criminal court, there is no reason *a priori* to prohibit recognition and enforcement of the judgment to be delivered in this civil action.

74 **Products liability** – The first difficulty which the experts encountered concerns the definition of the concept of "harmful event", which may be understood as referring to the manufacture, marketing or consumption of the product. If one chooses to define the harmful event as the product's manufacture, it is the court of the defendant which will have jurisdiction, be it the court with general jurisdiction, or that of the subsidiary or branch already discussed.[55] If, on the other hand, it is decided to define the harmful event as the marketing of the product, there will be as many courts as there are countries in which the product has been marketed by the manufacturer. A number of delegations voiced their opposition to such a possibility as, in principle, they consider that the Convention must avoid a proliferation of competing fora. Lastly, it is possible that the product may be consumed in a country where it has not been marketed.[56] This is the case when a tourist purchases property in a country he is visiting, brings it back to the country of his habitual residence where this property is then used and causes the harm. Here, too, a number of delegations expressed doubt about the relevance of such a ground of jurisdiction.

75 Quite a lengthy discussion then ensued focusing on the concepts of "foreseeability" and control of distribution networks. The Special Commission was divided on these issues but this perhaps stemmed more from a misunderstanding than from genuine disagreement. Indeed, where in Preliminary Document No 7[57] reference was made to the concept of foreseeability, it was not so that the word itself should appear in a proposed text but simply as a principle which might, together with others, be borne in mind as a guide to opting for one ground of jurisdiction rather than another. In fact, the whole discussion showed that when an attempt is made to insert the condition of foreseeability into a written provision, insurmountable problems of evidence may be encountered, which for no good reason might make litigation on jurisdiction more cumbersome and costly, a result contrary to the objectives set for this Convention. Article 7 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability*[58] was also discussed. It was noted, however, that although this text might be relevant for the applicable law, it is not necessarily so for jurisdiction. Also, a number of experts found the rule too complex and not sufficiently clear.

76 It was also during the discussion on products liability that the matter of "excessive" damages was raised. However, the discussion on this matter did not really fully develop since the Special Commission did not have time to deal with Chapter III of Preliminary Document No 7 devoted to foreign decisions. A Working Document was nevertheless submitted and remains to be discussed by the Special Commission in March 1998.[59]

77 **Environmental tort** – Although the question of the environment had been placed on the work programme of the Conference,[60] there was a consensus for not *a priori* excluding damage caused by an environmental tort which, moreover, could generally be equated with torts committed at a distance. In fact, a peculiarity of environmental torts is that their effects may harm a victim situated within a territory other than the one where the harmful event occurs, this other territory perhaps situated very far from the territory of the generating fact. In such a case, the jurisdictional rule might be deemed to be modelled on the one adopted by the European Court

[54] We have deliberately chosen countries which are not Parties to the Brussels and Lugano Conventions, in order to avoid the risk of indirectly discussing the geographical scope of the future Convention, which was not discussed by the Special Commission.
[55] *Cf. supra* No 32.

[56] Usually, in fact, the place where the product is marketed and the place where it is consumed are identical.
[57] No 122.
[58] The text of this Article reads as follows:
"Neither the law of the State of the place of injury nor the law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage shall be applicable by virtue of Articles 4, 5 and 6 if the person claimed to be liable establishes that he could not reasonably have foreseen that the product or his own products of the same type would be made available in that State through commercial channels."
[59] The Working Document referred to is entitled: "Limitation on enforcement of awards for excessive damages", adapted from Art. 8 A of the draft bilateral Convention between the United Kingdom and the United States of America, Annex V to Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2). The text reads as follows:
"The recognition and enforcement of a foreign judgment for the payment of money by way of compensation and damages shall be limited to the amount (including interest and costs) determined in accordance with the law of the place of the court addressed on the basis of the findings of law and fact established in the court of origin."
[60] Final Act of the Eighteenth Session, 19 October 1996, Part B, Decision 3, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 47.

Report – Special Commission June 1997

dans l'affaire *Shevill*[61]. La première branche de l'option serait simplement la compétence générale de la résidence habituelle du défendeur. Dans ce cas, la victime pourrait réclamer l'intégralité de son préjudice, y compris celui qu'elle subit dans un autre territoire que celui de sa résidence habituelle. La deuxième branche de l'option serait de permettre à la victime d'attraire le défendeur devant le tribunal de chacun des lieux dans lesquels elle subit un préjudice. Mais alors, la compétence de chacun de ces tribunaux est limitée au préjudice démontré sur son territoire. La victime doit alors commencer autant de procédures qu'il y a de territoires sur lesquels elle a subi un préjudice.

78 La Commission spéciale n'a pas eu le temps d'affiner la discussion sur cette option. Toutefois, à plusieurs reprises au cours de la réunion, l'impact des nouveaux moyens de communication tel qu'Internet a été évoqué, notamment en cas de **diffamation**. Il a notamment été fait allusion au fait que, désormais, il est particulièrement aisé pour un défendeur, s'il le souhaite, de localiser ses activités et donc sa résidence habituelle dans un paradis réglementaire, si bien que la compétence générale du for du défendeur ne serait alors qu'une illusion. La victime n'aurait alors pas d'autre choix que d'entamer une multiplicité de procédures. C'est pourquoi, la Commission spéciale de mars 1998 devra, en affinant la discussion sur la compétence en matière délictuelle, se prononcer sur le point de savoir si la seconde branche de l'option présentée ci-dessus[62] ne doit pas également comporter une compétence générale qui pourrait être alors celle de la résidence habituelle de la victime. On pourrait en effet soutenir que le défendeur qui a placé sur Internet une information diffamatoire a pris le risque que cet acte délictuel ait des effets dans une multitude de juridictions en commençant par celle de la résidence habituelle de la victime. La question est alors de savoir s'il est inéquitable, vis-à-vis du défendeur, de donner compétence générale au juge de la résidence habituelle de la victime.

79 **Concurrence** – La Commission spéciale a brièvement abordé la question de la compétence en matière de concurrence. Elle reconnaît la valeur de la distinction à faire entre les actions portant sur le droit de la concurrence *stricto sensu* et les actions qui, de nature délictuelle ou contractuelle, sont la suite d'une violation du droit de la concurrence. Dans cette deuxième catégorie, il convient également de placer les actions en concurrence déloyale[63]. Un bref échange de vues a montré que la Convention ne devrait pas exclure les actions en concurrence déloyale ou les actions délictuelles ou contractuelles naissant à l'occasion de la violation du droit de la concurrence. Toutefois, le critère à retenir n'a pas été discuté en détail. Un expert s'est demandé si le critère du marché proposé dans le Document préliminaire No 7 était approprié ou n'était pas simplement la remise à jour d'une vieille idée, celle de « la loi des effets ». Enfin, si un critère tel que celui du marché était retenu, il conviendrait, là encore, de faire une place à la prévisibilité, pour le défendeur, de l'affectation de ce marché.

80 Enfin, la Commission spéciale n'a pas eu le temps de discuter de manière très approfondie d'un document de synthèse qui a été préparé par un Groupe de travail. C'est pourquoi ce document de synthèse est reproduit ci-après à l'annexe V au présent rapport[64].

Fors exorbitants

81 À la demande du Président, les co-Rapporteurs ont préparé un document de travail comportant une liste de fors dont l'utilisation pourrait être prohibée dans le cadre de la Convention. Ce document est reproduit en annexe VI au présent rapport[65]. Ce document de travail a été discuté tout d'abord eu égard à la nature de la Convention négociée. Les experts sont tombés d'accord pour dire que dans le cadre d'une convention double comportant une liste fermée de fors autorisés, c'est-à-dire une convention dans laquelle il est défini de manière exhaustive tous les chefs de compétence qui peuvent être utilisés par les plaideurs, une liste des compétences prohibées n'est pas nécessaire du point de vue de la création normative. En revanche, cette liste demeure intéressante à titre pédagogique et pour faciliter la tâche du juge requis, confronté à un jugement étranger auquel il lui est demandé de donner effet. Si les négociations ne pouvaient pas aboutir à l'adoption d'une convention double mais à celle d'une convention mixte, la liste des fors prohibés redevient essentielle notamment parce que des conséquences importantes en seront tirées du point de vue des effets des jugements[66].

82 Les débats ont alors très rapidement clarifié un point fondamental dans la compréhension de la notion de fors prohibés. Ces fors, pour la plupart d'entre eux, ne sont prohibés que tant qu'ils ont pour objectif de définir une compétence générale à l'égard du défendeur. Certains d'entre eux pourraient également être prohibés même pour définir une compétence spécifique. Néanmoins, certains de ces fors peuvent être acceptables pour une telle compétence. C'est au regard de ce principe de base que les discussions se sont déroulées. Par ailleurs, la liste préparée par les co-Rapporteurs et annexée au présent rapport est limitative, alors que certaines voix se sont élevées pour dire qu'il était préférable de ne pas donner de caractère limitatif à la liste et de lui conserver un caractère exemplatif.

83 Plusieurs experts se sont également interrogés sur le point de savoir si lorsque plusieurs critères tirés des compétences prohibées se trouvent réunis sur un même territoire, cela suffit à fonder une compétence autorisée. La tendance majoritaire a plutôt conclu à l'impossibilité d'interpréter les fors prohibés de cette manière. Toutefois, force est de reconnaître qu'aucune conclusion précise ne peut être tirée, à ce stade, des débats qui devront être repris sur ce point par la Commission spéciale de mars 1998[67].

84 Parmi les fors prohibés présentés à la Commission spéciale, quatre d'entre eux ont plus spécifiquement été discutés : la présence d'un bien du défendeur sur le territoire du tribunal saisi, la nationalité des parties, le domicile / la résidence du demandeur et « *doing business* ».

85 **Présence d'un bien du défendeur** – Aucun expert n'a plaidé en faveur d'un tel for de compétence générale que tous se sont accordés à prohiber dans le cadre de la future Convention. Tous se sont accordés également pour dire que la présence d'un bien du défendeur peut fonder une compétence spécifique dont il reste à définir exactement le contour. Une telle compétence spécifique existera pour des mesures

[61] CJCE 7 mars 1995, *Fiona Shevill e.a. c. Presse Alliance S.A.*, aff. No C-68/93, *Rec.*, p. I-415. Cette affaire mettait en cause une publication française ayant diffusé un article considéré comme diffamatoire par Mme Shevill. La Cour a dit pour droit :
« L'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit', utilisée à l'article 5.3 de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, [...] doit, en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États contractants, être interprétée en ce sens que la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et / ou la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie. »

[62] Cf. *supra* No 77.

[63] Ces diverses distinctions ont été plus amplement développées dans le Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), aux Nos 129 à 132.

[64] L'annexe V, « Proposition de dispositions en matière délictuelle », n'est pas reproduite dans ce tome (mais elle est accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

[65] L'annexe VI, « Proposition des co-Rapporteurs », n'est pas reproduite dans ce tome (*id.*).

[66] Cf. *supra* No 4.

[67] La Commission spéciale de 1998 devra également s'interroger sur la question de savoir si les fors exorbitants demeurent applicables à l'égard des défendeurs résidant dans le territoire d'un État non contractant. Cette question devra être étudiée en même temps que le champ d'application géographique de la future Convention.

of Justice in the *Shevill* case.[61] The first alternative would simply be the general jurisdiction of the defendant's habitual residence. In this case, the victim could claim the totality of his or her damage, including the one suffered by him or her within a territory other than that of his / her habitual residence. The second alternative would be to allow the victim to sue the defendant in the courts of each of the places in which the victim suffers damage. However, the jurisdiction of each of these courts is then limited to the harm demonstrated on its territory. The victim must therefore initiate as many proceedings as there are territories on which he / she has suffered harm.

78 The Special Commission did not have time to discuss this matter in any further detail. However, on several occasions during the meeting, the impact of new means of communication, such as Internet, was referred to, in particular with regard to **libel** cases. Reference was particularly made to the fact that it is now especially easy for the defendant, if he or she so wishes, to site his / her habitual residence in a legislative haven, so that the general jurisdiction of the defendant's forum would then be purely illusory. The victim would have no alternative but to initiate a multiplicity of proceedings. This is why the Special Commission, to be convened in March 1998, focusing in greater detail on jurisdiction in tort, will have to decide whether the second alternative referred to above[62] should not also include general jurisdiction, which might be that of the victim's habitual residence. It might be argued in fact that a defendant, having placed libellous information on the Internet, ran the risk that this tort might have effects in a multitude of jurisdictions, starting with that of the victim's habitual residence. The question which then arises is whether it is unfair to the defendant to confer general jurisdiction on the court of the victim's habitual residence.

79 **Competition** – The Special Commission briefly touched on the question of jurisdiction in competition. It recognised the value of the distinction to be drawn between actions concerning anti-trust law *stricto sensu* and actions which, of a tortious or contractual nature, are the consequence of a breach of competition law. Actions concerning unfair competition also belong in the latter category.[63] A brief exchange of views showed that the Convention should not exclude actions concerning unfair competition or tortious or contractual actions arising from the breach of competition law. However, the question as to what criterion should be adopted was not discussed in detail. One expert wondered whether the criterion of the market proposed in Preliminary Document No 7 was appropriate or was not simply the updating of an old idea, that is, "the law of effects". Lastly, if a criterion such as that of the market were adopted, provision would also have to be made in this case for the foreseeability, for the defendant, of the effect on this market.

80 Lastly, the Special Commission did not have time to discuss in any detail a summary document which had been prepared by a Working Group, which is why this summary document is reproduced in Annex V to this report.[64]

Exorbitant fora

81 At the request of the Chair, the co-Reporters prepared a working document including a list of fora whose use might be prohibited under the Convention. This document is reproduced in Annex VI to this report.[65] This working document was first discussed with regard to the nature of the Convention under negotiation. The experts agreed that, in the context of a double convention entailing a closed list of authorised fora, that is, a convention in which all the grounds of jurisdiction which may be used by litigants are exhaustively defined, a list of prohibited grounds of jurisdiction is not necessary from the standpoint of the creation of rules. On the other hand, this list continues to be of educational interest and to facilitate the task of the court addressed, faced as it is with the recognition and enforcement of a foreign judgment. If the negotiations fail to lead to the adoption of a double convention but rather lead to that of a mixed one, the list of prohibited fora redeems its essential value particularly because important consequences will occur with respect to the effects of the judgments.[66]

82 The discussions then quickly clarified a fundamental point in understanding prohibited fora. Most of these fora are only prohibited where their objective is to define a general jurisdiction with respect to the defendant. Some of them may also be prohibited even as regards defining a specific jurisdiction. Nevertheless, some of these fora may be acceptable for such jurisdiction. Also, the list prepared by the co-Reporters and annexed to this report is limitative, whereas some voiced the idea that it is preferable not to make the list limitative and to retain its exemplary character.

83 Several experts questioned whether an authorised jurisdiction could exist where a number of criteria drawn from prohibited jurisdictions were found within one territory. The majority view was rather that it was impossible to interpret the prohibited fora in this manner. However, it must be acknowledged that no precise conclusion can be drawn, at this stage, from the discussions which will resume on this point during the Special Commission meeting in March 1998.[67]

84 Among the prohibited fora presented to the Special Commission, four were discussed more specifically: the presence of a property of the defendant within the territory of the court seised, the nationality of the parties, the domicile / residence of the defendant and "doing business".

85 **Presence of property of the defendant** – No expert argued for such a forum of general jurisdiction, which all agreed should be prohibited in the future Convention. All the experts also agreed that the presence of property of the defendant may serve as the basis of a specific jurisdiction, whose precise features still have to be determined. Such a specific jurisdiction will exist for provisional and protective

[61] ECJ 7 March 1995, *Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance S.A.*, case No C-68/93, *ECR*, p. I-415. This case involved a French publication which had disseminated an article considered to be libellous by Mrs Shevill. The Court ruled that:
"On a proper construction of the expression 'place where the harmful event occurred' in Article 5 (3) of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, [...] the victim of a libel by a newspaper article distributed in several Contracting States may bring an action for damages against the publisher either before the courts of the Contracting State of the place where the publisher of the defamatory publication is established, which have jurisdiction to award damages for all the harm caused by the defamation, or before the courts of each Contracting State in which the publication was distributed and where the victim claims to have suffered injury to his reputation, which have jurisdiction to rule solely in respect of the harm caused in the State of the court seised."

[62] *Cf. supra* No 77.

[63] These various distinctions were discussed in greater detail in Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), at Nos 129-132.

[64] Annex V, "Proposals concerning provisions with regard to torts", has not been reproduced in this tome (but is available at <www.hcch.net>).

[65] Annex VI, "Proposals by the co-Reporters", has not been reproduced in this tome (*id.*).

[66] *Cf. supra* No 4.

[67] The Special Commission in 1998 will also need to consider whether exorbitant fora continue to be applicable to defendants residing within the territory of a non-Contracting State. This matter will have to be considered at the same time as the geographical scope of the future Convention.

provisoires ou conservatoires[68] ou, comme cela est le cas dans la *Convention UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés*[69], la situation du bien culturel dont il est demandé restitution fonde la compétence du juge pour l'action en restitution. De la même manière il a été proposé une exception pour l'action en paiement de la rémunération réclamée pour le sauvetage d'une cargaison ou d'un fret. La compétence serait donnée au tribunal du lieu où la cargaison ou le fret ont été mis sous séquestre pour garantir un tel paiement. Toutefois, même dans cette hypothèse, la règle serait soumise à une condition complémentaire (le demandeur devrait prouver que le défendeur avait un intérêt dans le navire ou la cargaison) et une exception (élection de for).

86 **Nationalité des parties** – La Commission spéciale est demeurée divisée sur le point de savoir si doit être prohibée seulement la compétence fondée sur la nationalité du demandeur ou également sur la nationalité du défendeur. Beaucoup ont exprimé l'idée que le for de la nationalité du défendeur est inapproprié mais peut-être pas au point de lui donner un caractère exorbitant d'autant que, dans certains systèmes juridiques, le juge de la nationalité du défendeur est considéré comme le juge « naturel » de ce défendeur. Il a cependant été précisé que cette vision était peut-être démodée à l'instar de ce que le législateur italien a décidé dans la réforme du droit international privé dans ce pays qui a supprimé tant le for de la nationalité du demandeur que celui de la nationalité du défendeur. La Commission spéciale s'est également interrogée sur le point de savoir si l'on devait également exclure le for fondé sur la nationalité commune des parties. Aucune conclusion n'a été atteinte sur cette question. Par ailleurs, il a été mentionné la possibilité de mettre en œuvre un mécanisme tel celui du *forum non conveniens* lorsque le tribunal est saisi en raison seulement de la nationalité du défendeur.

87 **Domicile / résidence habituelle du demandeur** – Il s'agit ici de prohiber par principe le *forum actoris* bien que, comme l'ont souligné de nombreux experts, cette prohibition peut apparaître hypocrite dans la mesure où certains chefs de compétence prévus par la Convention reviendraient en réalité à donner compétence au juge du domicile ou de la résidence habituelle du demandeur. Néanmoins, il a été remarqué que si la Convention prévoyait certaines hypothèses où le for du demandeur est acceptable, la prohibition de principe permettrait une interprétation restrictive des hypothèses dans lesquelles ce for est autorisé.

88 ***Doing business*** – La discussion a montré qu'il n'est pas aisé de comprendre les circonstances factuelles exactes qui permettent aux États-Unis d'Amérique, pays dans lequel cette compétence est connue, de conférer la compétence à un tribunal donné. Pour aider à une meilleure compréhension, la délégation américaine adressera une étude de la jurisprudence qui sera distribuée aux délégations pour la préparation de la Commission spéciale de 1998. En l'état, il est clair que la compétence fondée sur la notion de *doing business* doit être rapprochée à la fois de la compétence en matière contractuelle, de celle en matière délictuelle et de celle en matière de succursale dont il a été déjà question ci-dessus[70]. Toutes réflexions complémentaires sur un for éventuel fondé sur *doing business* nécessitera de s'interroger sur la « densité d'activité » nécessaire pour fonder valablement une compétence générale à l'égard du défendeur. La discussion sur *doing business* sera reprise, soit par la Commission spéciale de mars 1998, soit par celle de novembre 1998.

[68] Cf. *supra* Nos 62 et s.
[69] Adoptée à Rome le 24 juin 1995.
[70] Cf. respectivement *supra* Nos 71 et 32.

Interprétation de la Convention

89 L'ensemble des délégations s'est accordé pour dire que non seulement un échange d'information sur l'application et la mise en œuvre de la Convention est primordial mais encore que l'interprétation uniforme de la future Convention pourrait s'avérer fondamentale dans la mesure où l'objectif de cette Convention est avant tout une bonne administration internationale de la justice et une meilleure efficacité pour les parties au contentieux. Il a été remarqué à cet égard que le succès incontestable de la Convention de Bruxelles est certainement en grande partie dû à l'interprétation uniforme donnée par la Cour de justice des Communautés européennes. Cet accord ayant été très vite atteint, les délégations se sont ensuite trouvées divisées sur le mécanisme qu'il conviendrait de mettre en place pour atteindre cet objectif. Si certaines délégations ont dit favoriser la création d'un véritable tribunal international, de nombreuses autres ont exprimé des doutes à cet égard, notamment compte tenu de la charge financière qu'une telle création entraînerait pour les États parties. Quant au panel d'experts proposé par le Document préliminaire No 7[71], une délégation a exprimé des doutes sur le caractère « démocratique » d'un tel processus bien que, ainsi que cela a été rappelé, un tel mécanisme ne serait certainement pas le premier de cette nature à être mis en place[72]. Enfin, il a été émis l'idée que les Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention pourraient être également chargées de missions d'interprétation, sans qu'un avis particulier ait été exprimé sur la valeur de telles interprétations vis-à-vis des tribunaux nationaux.

Programme de travail

90 La Commission spéciale a décidé de commencer ses travaux en mars 1998 avec le chapitre III du Document préliminaire No 7 consacré aux effets des décisions étrangères. Ensuite, il pourrait être à nouveau discuté des questions de compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires à la lumière de la Note dont il a déjà été question ci-dessus[73]. Enfin, on abordera, si possible, des questions liées à la litispendance, la connexité et à la pluralité des défendeurs sous forme de co-défense, d'appel en garantie ou en intervention. À cette occasion seront étudiés les mécanismes tels celui du *forum non conveniens*. Quant à la Commission spéciale de novembre 1998, elle aura pour mission de préparer une esquisse d'avant-projet de Convention, le plus complet possible à ce stade, afin de permettre les plus larges consultations possibles jusqu'à la Commission spéciale de 1999 qui sera, elle, chargée de la préparation de l'avant-projet à proposer à la Session diplomatique.

[71] *Op. cit.* note 2, proposition faite aux Nos 200 et 201.
[72] Ce sont des mécanismes similaires qui sont connus au sein du CIRDI et de l'OMC.
[73] Cf. *supra* No 62.

measures[68] or, as is the case with the UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*,[69] the situation of cultural property whose restitution is sought serves as the basis for the jurisdiction of the court for actions for restitution. Similarly, an exception was proposed for action for payment of the remuneration claimed for salvage of a cargo or freight. Jurisdiction would be conferred on the court of the place where the cargo or freight were arrested to secure such payment. However, even in this case, the rule would carry an additional condition (the plaintiff would have to prove that the defendant had an interest in the cargo or freight) and an exception (choice of forum).

86 **Nationality of the parties** – The Special Commission remained divided as to whether only the jurisdiction based on the plaintiff's nationality should be prohibited or that based on the defendant's as well. Many experts were of the opinion that the forum of the defendant's nationality is inappropriate, yet perhaps not enough to make it exorbitant, especially since, in some legal systems, the court of the nationality of the defendant is regarded as the defendant's "natural" forum. However, it was pointed out that this view was perhaps outmoded, as the Italian lawmakers decided when reforming private international law in Italy, abolishing both the forum of the plaintiff's and of the defendant's nationality. The Special Commission also questioned whether the forum based on the joint nationality of the parties should be excluded. However, no conclusion was reached on this matter. The possibility of implementing devices such as *forum non conveniens*, where the court is seised solely on the basis of the defendant's nationality, was also mentioned.

87 **Domicile / habitual residence of the plaintiff** – In this case, the *forum actoris* would be prohibited as a matter of principle even though, as many experts emphasised, such a prohibition may seem hypocritical in that certain grounds of jurisdiction laid down by the Convention would in reality amount to conferring jurisdiction on the court of the plaintiff's domicile or habitual residence. Nevertheless, it was observed that if the Convention set out certain cases in which the plaintiff's forum is acceptable, the prohibition in principle would permit a restrictive interpretation of the cases in which this forum is authorised.

88 **Doing business** – The discussion showed that it is not easy to understand the precise factual circumstances which, in the United States of America where this form of jurisdiction is familiar, permit jurisdiction to be conferred upon a particular court. To make this easier to understand, the United States delegation will undertake a study of the case law, which will be distributed to delegations in preparation for the Special Commission in 1998. As things stand, it is clear that jurisdiction based on the concept of doing business must be analysed together with that in contract, in tort and also in matters concerning branches as discussed above.[70] Any further discussion regarding a possible forum based on doing business will require an answer to the question as to the degree of "density of activity" necessary to validly found a general jurisdiction with respect to the defendant. The discussion on doing business will be resumed either by the Special Commission in March 1998 or November 1998.

[68] *Cf. supra* Nos 62 *et seq.*
[69] Adopted in Rome on 24 June 1995.
[70] *Cf. supra* Nos 71 and 32, respectively.

Interpretation of the Convention

89 All delegations concurred that not only is an exchange of information on the application and implementation of the Convention essential, but also that a uniform interpretation of the future Convention might prove fundamental in that the objective of this Convention is the proper international management of justice and improved efficiency for the parties in litigation. In this connection, it was observed that the undeniable success of the Brussels Convention is certainly in large measure due to the uniform interpretation given by the European Court of Justice. Although there was a rapid agreement on this, the experts were then divided on the device to be set up in order to attain this objective. While some said they favoured the creation of a true international court, many others voiced doubts, particularly in view of the financial burden such an operation would entail for the States Parties. As regards the panel of experts proposed by Preliminary Document No 7,[71] one delegation expressed doubts about the "democratic" nature of such a process, even though, as was pointed out, such a device would certainly not be the first of its kind to be set up.[72] Lastly, the view was expressed that the Special Commissions to review the operation of the Convention might also be entrusted with interpretation tasks, though no particular view was expressed regarding the value of such interpretations for national courts.

Work programme

90 The Special Commission decided to commence its work in March 1998 with Chapter III of Preliminary Document No 7 devoted to the effects of foreign decisions. Matters bearing on jurisdiction relating to provisional and protective measures could then be discussed once more, in the light of the Note referred to above.[73] Lastly, matters relating to *lis pendens*, related actions and multiple defendants in the form of co-defence, and actions on a warranty or guarantees or in any other third party proceedings, will also be discussed. Devices such as *forum non conveniens* will also be discussed. As regards the Special Commission of November 1998, its task will be to prepare a first preliminary draft Convention, as complete as possible at that stage, to enable consultations of the widest possible scope to take place before the Special Commission in 1999, whose task will be to prepare the preliminary draft Convention to be proposed to the Diplomatic Session.

[71] *Op. cit.* note 2, proposal made at Nos 200-201.
[72] Similar devices exist in ICSID and WTO.
[73] *Cf. supra* No 62.

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

ÉTABLI PAR CATHERINE KESSEDJIAN
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 9 de juillet 1998

INTRODUCTION

1 La Commission spéciale qui s'est réunie à La Haye du 3 au 13 mars 1998 est la deuxième[1] d'une série de quatre destinées à préparer un avant-projet de Convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, à soumettre à la Dix-neuvième session diplomatique de la Conférence qui sera convoquée en l'an 2000. La réunion de mars 1998 s'est ouverte par une brève allocution de bienvenue prononcée par le professeur A.V.M. Struycken, Président de la Commission d'État néerlandaise pour la codification du droit international privé. Les débats ont ensuite repris sous la présidence de M. T.B. Smith, Q.C., expert du Canada[2].

2 Les experts ont décidé de reprendre leurs discussions au stade où ils les avaient interrompues en juin 1997 et, ainsi, de commencer à discuter du régime applicable à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Ces questions ont occupé les trois premiers jours des délibérations. Ensuite, ont été étudiés les champs d'application matériel et géographique de la future Convention. Puis les experts ont abordé les questions de litispendance, et ont à nouveau discuté, mais de manière plus approfondie qu'en juin 1997, d'un certain nombre de compétences juridictionnelles directes (contrat, délit et for de la succursale notamment). La validité des clauses d'élection de for, une éventuelle clause de *forum non conveniens*, les compétences complexes et une éventuelle clause permettant de donner compétence à un for de nécessité ont également été discutées. Chacune de ces questions sera abordée successivement dans les développements qui suivent. En fin de rapport, seront évoquées brièvement certaines questions renvoyées à un examen futur ou discutées très rapidement en fin de session.

Champ d'application de la Convention

3 Les experts ont eu à discuter à la fois du champ d'application matériel de la future Convention et de son champ d'application géographique. Chacune de ces questions sera abordée séparément dans les développements qui suivent.

4 **Champ d'application matériel** – Beaucoup sont tombés d'accord pour dire que la définition des matières civiles et commerciales ne correspond pas à une réalité suffisamment uniforme dans les différents systèmes juridiques pour constituer une définition satisfaisante du domaine d'application de la Convention. Une liste d'exclusions doit donc être insérée au texte. Plusieurs experts se sont déclarés d'accord pour exclure l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, les faillites et autres procédures analogues. Par ailleurs, plusieurs experts ont confirmé une tendance, qui semblait s'être dessinée aussi en juin 1997, qui consisterait à exclure les obligations alimentaires.

5 En ce qui concerne l'**arbitrage**, si de nombreux délégués se sont exprimés pour dire qu'il fallait absolument exclure ce mode particulier de règlement des différends, certains ont reconnu néanmoins que cette exclusion doit être plus précise, dans sa rédaction, que celle insérée à l'article 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano (les *Conventions concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* des 27 septembre 1968 et 16 septembre 1988). On a ainsi proposé de préciser que sont exclues toutes les procédures qui touchent directement ou indirectement à la mise en place d'un tribunal arbitral ou sont liées d'une manière ou d'une autre à une procédure arbitrale. Toutefois, même avec une telle précision, certains experts ont exprimé l'idée que les ambiguïtés pouvaient ne pas être entièrement levées. C'est pourquoi il a été proposé qu'une disposition de la Convention précise que cette dernière ne déroge pas au droit des États contractants en matière d'arbitrage. En sens contraire, plusieurs exemples de problèmes d'interférence entre l'arbitrage et des décisions judiciaires ont été exposés qui montrent à quel point la ligne de partage n'est pas aisée à définir. C'est ainsi que la question a été posée de savoir si un jugement se prononçant sur la validité d'un accord d'arbitrage peut éventuellement être reconnu au titre de la Convention. À cette question, quelques experts ont répondu que ces jugements sont vraisemblablement exclus du champ d'application de la Convention dans la mesure où ce ne sont pas des jugements sur le fond définitif et exécutoire. En tant que tels, ils ne possèdent pas la nature d'un jugement destiné à être reconnu ou exécuté dans le cadre de la Convention. La question a également été posée de savoir si un jugement rendu par un tribunal au mépris d'une clause compromissoire devait ou non être exécuté au titre de la Convention. La réponse à cette question doit être vraisemblablement vue sous l'angle du contrôle de la compétence du juge d'origine. Si le juge requis estime que la clause compromissoire était valable, il en conclura que le tribunal d'origine n'était pas compétent[3] et dès lors refusera de reconnaître ou d'exécuter le jugement qui a été rendu au mépris de cette clause compromissoire. Si, en revanche, le juge requis décide que l'accord d'arbitrage n'était pas valable, il devra reconnaître ou exécuter la décision rendue par le juge d'origine si les conditions posées par la Convention sont remplies[4]. Il a également été question de savoir si la Convention doit se prononcer sur l'éventuelle inconciliabilité entre une sentence arbitrale et un jugement. Il a notamment été proposé que le juge requis puisse ne pas reconnaître ou exécuter un jugement qui serait inconciliable avec une sentence arbitrale rendue sur son territoire ou rendue à l'étranger mais réunissant les conditions de sa reconnaissance ou de son exécution dans l'État requis. Pour le moment, les experts n'ont pas discuté de manière approfondie des

[1] La première a eu lieu à La Haye du 17 au 27 juin 1997. Ses travaux ont été synthétisés dans le Doc. prél. No 8 de novembre 1997, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », établi par C. Kessedjian, voir ci-dessus p. 80 du présent tome (ci-après cité Doc. prél. No 8).

[2] Pour la composition du Bureau de la Commission spéciale et les noms des co-Rapporteurs, le lecteur est invité à se reporter à la liste des participants, ci-dessus p. 76 du présent tome.

[3] Cette solution n'est pas nouvelle. Elle a été consacrée par l'art. 12(3) de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.*

[4] Toute la difficulté ici vient du droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage. Malgré une ratification de la *Convention des Nations Unies du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (la Convention de New York de 1958) très large par plus d'une centaine d'États, la validité des conventions d'arbitrage n'est pas uniformément conçue par tous ces États du fait de l'interprétation divergente de l'art. II et la présence de l'art. VII de la Convention de New York autorisant les États contractants à appliquer des normes plus favorables à l'arbitrage que celles prévues par la Convention. Si l'on admet que l'État requis puisse étudier la validité d'un accord d'arbitrage sur lequel le tribunal d'origine s'est déjà prononcé, il est nécessaire de dire en vertu de quel droit il procédera à cette vérification. Si l'on admet que le tribunal requis applique les normes de l'État d'origine, on est alors confronté à la question de savoir pourquoi le juge requis serait mieux placé pour appliquer correctement ces normes. Si, en revanche, l'État requis applique ses propres normes, il fera prévaloir sa propre conception sur celle de l'État d'origine sans que l'on puisse voir une justification à cette solution. Il est donc légitime de douter que la future Convention fasse œuvre utile en prévoyant une règle à cet égard.

Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

DRAWN UP BY CATHERINE KESSEDJIAN
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 9 of July 1998

INTRODUCTION

1 The Special Commission that met at The Hague from 3 to 13 March 1998 was the second[1] in a series of four mandated to draw up a preliminary draft Convention on international jurisdiction and the effects of foreign judgments in civil and commercial matters, to be submitted to the Nineteenth Diplomatic Session of the Conference in the year 2000. The March 1998 meeting opened with a brief welcoming address by Professor A.V.M. Struycken, President of the Netherlands Standing Government Committee for the Codification of Private International Law. The ensuing discussions were chaired by Mr T.B. Smith, Q.C., expert from Canada.[2]

2 The experts decided to begin their discussions at the point where they had left off in June 1997, and thus to start with the regime applicable to the recognition and enforcement of foreign judgments. These issues took up the first three days of the deliberations. Afterwards, the substantive and geographic scope of the future Convention were studied. The experts then addressed matters relating to *lis pendens*, and again discussed, this time in more depth than in June 1997, a number of areas of direct jurisdiction (especially contract, tort, and forum of the branch office). The validity of choice of court clauses, a possible clause covering *forum non conveniens*, complex jurisdictions, and a possible clause permitting jurisdiction to be given to a forum of necessity were also discussed. Each of these issues will be addressed successively in the explanations which follow. At the end of the report, brief mention will be made of certain issues, examination of which was postponed, or which were discussed very briefly at the end of the meeting.

Scope of the Convention

3 The experts were called upon to discuss both the substantive scope of the future Convention and its geographic scope. Each of these issues will be addressed separately in this report.

4 **Substantive scope** – Many agreed that the definition of civil and commercial matters does not correspond with the actual situation prevailing in the various legal systems to constitute a satisfactory definition of the scope of the Convention. A list of exclusions must, therefore, be inserted into the text. Several experts agreed to exclude the status and capacity of natural persons, marriage regimes, wills and successions, bankruptcies, and other similar procedures. A number of experts also confirmed a trend, which seemed to take shape in June 1997, which would exclude maintenance obligations.

5 As far as **arbitration** is concerned, while many experts noted that this particular dispute-settlement mechanism must be excluded at all costs, some nevertheless acknowledged that this exclusion must be more specific in its wording than that inserted in Article 1 of the Brussels and Lugano Conventions (the *Conventions on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968 and 16 September 1988). It was therefore proposed that all procedures directly or indirectly involving the establishment of an arbitral tribunal or in some way related to an arbitral procedure be specifically excluded. Nevertheless, even with this clarification, some experts felt that the ambiguities could not be entirely removed. For this reason, it was proposed that a provision of the Convention be drafted specifying that the Convention does not derogate from the laws of the Contracting States with respect to arbitration. On the other hand, several examples of problems of overlap between the arbitration procedure and judicial decisions were given, showing how difficult it is to draw the dividing line between the two. This generated the question as to whether a judgment on the validity of an arbitration agreement could be recognised under the Convention. Several experts responded that such judgments were in all likelihood excluded from the scope of the Convention to the extent that they are not binding and enforceable judgments on the merits. As such they are not by nature judgments intended to be recognised or enforced under the Convention. It was also asked whether a judgment handed down by a court in defiance of an arbitration clause should or should not be enforced under the Convention. The answer to this question must probably be considered from the standpoint of the review of the jurisdiction of the court of origin. If the court addressed believes that the arbitration clause was valid, it will rule that the court of origin was not competent[3] and therefore refuse to recognise or to enforce the judgment rendered in defiance of this arbitration clause. If, however, the court addressed decides that the arbitration agreement was not valid, it will have to recognise or to enforce the decision handed down by the court of origin if the conditions laid down by the Convention have been met.[4] The question also arose as to whether the Convention should deal with cases when an arbitral award and a court judgment cannot be reconciled. It was proposed, among other solutions, that the court addressed be empowered not to recognise or enforce a judgment that would be irreconcilable with an arbitral award issued in its territory or handed down abroad but meeting the conditions for its recognition or enforcement in the State addressed. For the time being, the experts did not discuss in depth the advantages and disadvantages of such

[1] The first took place at The Hague from 17 to 27 June 1997. Its discussions were synthesised in Prel. Doc. No 8 of November 1997, "Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", drawn up by C. Kessedjian, see *supra* p. 81 of this tome (hereinafter cited as Prel. Doc. No 8).

[2] For the composition of the Bureau of the Special Commission and the names of the co-Reporters, the reader is referred to the list of participants, *supra* p. 76 of this tome.

[3] This solution is not new. It was adopted in Art. 12(3) of the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*.

[4] The difficulty here derives wholly from the law applicable to the validity of the arbitration agreement. Despite the widespread ratification of the *United Nations Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (the 1958 New York Convention) by more than 100 States, the validity of arbitration agreements is not looked at in a uniform way by these States, by reason of divergent interpretation of Art. II and the existence of Art. VII of the New York Convention, which authorises Contracting States to apply rules that are more favourable to arbitration than those provided for by the Convention. If it is accepted that the State addressed has power to examine the validity of an arbitration agreement on which the court of origin has already come to a decision, it is necessary to say by what law it will proceed to this examination. If it is accepted that the court addressed applies the rules of the State of origin, one is then faced with the question of whether the judge addressed would be in a better position to apply these rules correctly. If, on the other hand, the State addressed applies its own rules, its own approach would take precedence over that of the State of origin without a justification for this solution being apparent. It is therefore fair to express doubt as to whether the future Convention would achieve anything useful by providing for a rule on this matter.

avantages et inconvénients d'une telle disposition. On peut seulement mentionner ici que cette proposition a le mérite de poser un problème qui, pour ne pas être très fréquent, n'est pas un cas d'école. Toutefois, on peut d'ores et déjà noter une difficulté : une sentence arbitrale, dans la plupart des systèmes, possède l'autorité de la chose jugée même si elle a été rendue à l'étranger. En revanche, quant à son exécution, elle doit normalement subir un contrôle à travers une procédure d'exequatur ou autre procédure équivalente, même si elle est rendue sur le même territoire que le juge qui statue. On peut donc se demander s'il est judicieux de prévoir une règle différente selon le pays dans lequel la sentence est rendue.

6 En ce qui concerne la **sécurité sociale**, les experts se sont déclarés insuffisamment informés sur les hypothèses concrètes auxquelles la pratique peut être confrontée. Une petite enquête informelle auprès de personnes intéressées montre que l'exclusion de la sécurité sociale sans autre précision est ambiguë. En effet, il arrive qu'un organisme de sécurité sociale soit subrogé dans les droits d'un assuré et doive recouvrer des sommes auprès de tiers (entreprises – en cas d'accident du travail ; auteurs d'actes délictuels ou compagnies d'assurance, notamment)[5]. Ce problème pourrait être partiellement réglé si l'on insérait dans la Convention une clause de la nature de celle qui est proposée au paragraphe subséquent[6]. Par ailleurs, on peut se demander si l'on doit exclure les actions des organismes de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations qui leur sont dues alors que, avec l'essor de l'expatriation, certains de ces recouvrements doivent se faire à l'étranger. Mais on doit signaler que certains accords bilatéraux existent qui rendraient moins nécessaire d'inclure cette matière dans la Convention[7].

7 Par ailleurs, une délégation a attiré l'attention de la Commission spéciale sur le fait que ne devraient pas être exclues du champ d'application de la Convention les procédures qui mettent en cause une entité publique. C'est pourquoi il a été proposé qu'aucune action ne soit exclue de la définition des matières civiles et commerciales pour la seule raison qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou une émanation de l'État est partie au litige ; dans l'hypothèse où il y a eu transfert de droits privés au profit d'un gouvernement, d'une agence gouvernementale ou d'une émanation de l'État (par ex. lorsque l'une de ces entités est devenue administrateur judiciaire, trustee ou garant) ; dans l'hypothèse où le gouvernement agit comme un opérateur du commerce, c'est-à-dire qu'il cherche à obtenir réparation pour un contrat ou un délit ou un droit de nature privée ; dans l'hypothèse où le gouvernement agit en tant qu'agent d'un groupe de personnes dont les actions individuelles peuvent être qualifiées de droits de nature privée (par ex. fraude aux droits des consommateurs)[8]. On devrait vraisemblablement élargir la liste des entités visées en y incluant les organismes privés chargés d'une mission de service public.

8 Il a également été proposé d'exclure du champ d'application de la Convention les actions relatives aux dommages dans le domaine nucléaire, ainsi que le fait l'article premier, deuxième alinéa, numéro 7, de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (la Convention Exécution de 1971). Toutefois, une délégation a jugé préférable de limiter cette exclusion aux cas couverts par la *Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* et ses *Protocoles additionnels du 28 janvier 1964* et *du 16 novembre 1982*, ainsi que la *Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires* ou tout amendement à ces Conventions.

9 En revanche, il a été expliqué qu'il n'est plus nécessaire, dans le cadre d'une convention double prévoyant des compétences juridictionnelles directes, d'exclure les actions portant sur l'existence ou la constitution des personnes morales ou sur les pouvoirs de leurs organes puisque cette exclusion, insérée dans la Convention Exécution de 1971, avait été justifiée seulement par le fait que cette Convention est une convention simple ne comportant pas de compétence directe. À l'époque, on ne voulait pas voir s'affronter des décisions divergentes au stade de l'exécution sur des questions aussi importantes que l'existence ou la constitution des personnes morales. Ce problème devrait être éliminé *ex ante* dans la future Convention puisque celle-ci comportera une règle de compétence juridictionnelle directe en la matière.

10 **Champ d'application géographique** – Plusieurs questions différentes doivent être étudiées à cet égard. Elles ont trait à la compétence directe y compris les hypothèses de compétence exclusive et d'élection de for, à la litispendance et la reconnaissance et l'exécution des jugements.

11 Le moins que l'on puisse dire est que la proposition qui a été présentée au paragraphe 55 du Document préliminaire No 7 d'avril 1997[9] (y compris la note de bas de page 72) a suscité une levée de boucliers telle que l'on hésite dans le présent rapport à revenir sur cette question. Il a notamment été expliqué que le défendeur se trouve au centre de gravité de la Convention. Dès lors, pour les experts qui se sont dits favorables au double critère d'application géographique (c'est-à-dire le tribunal saisi *et* le défendeur doivent être situés sur le territoire d'un État contractant éventuellement différent l'un de l'autre), cette exigence permet de ne pas « protéger » un défendeur qui est situé sur le territoire d'un État tiers puisque, dans cette hypothèse, le for saisi pourra continuer à utiliser son droit commun à l'encontre de ce défendeur. De plus, ce système permettrait d'inciter les États tiers à ratifier la Convention. Enfin, ce système serait seul à pouvoir s'harmoniser avec celui prévu par les Conventions de Bruxelles et de Lugano.

12 En ce qui concerne les règles de **compétence directe**, il n'existe pas de principe de droit international public exigeant des États de limiter l'application de la Convention aux seules hypothèses dans lesquelles deux conditions cumulatives sont remplies : le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un État contractant *et* le défendeur est situé[10] sur le territoire d'un État contractant. En effet, cette seconde exigence qui est l'axe principal du domaine d'application géographique des Conventions de Bruxelles et de Lugano, sauf pour les compétences exclusives et l'élection de for, ne semble correspondre à aucune exigence formelle s'attachant aux États parties à la Convention.

C'est pourquoi, une politique législative peut parfaitement envisager de rendre la Convention applicable pour ce qui a trait aux règles de compétence directe, seulement lorsque le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un État contractant. Si une telle orientation était décidée, il conviendrait de compléter la Convention par une disposition prévoyant que lorsque le tribunal saisi doit se déclarer incompétent en vertu des règles

[5] On peut d'ailleurs se demander si cette hypothèse relève de la sécurité sociale ou sort de son emprise. Le Rapport Jenard explique que de telles actions sont soumises au droit commun : P. Jenard, Rapport sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 1 à 65, à la p. 13.

[6] Toutefois, on doit noter que dans certains pays les organismes de sécurité sociale sont des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public.

[7] C'est déjà pour cette raison que cette matière a été exclue de la Convention Exécution de 1971. Voir le Rapport Fragistas (C.N. Fragistas, Rapport explicatif sur la Convention Exécution de 1971), *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 359 à 388, à la p. 369. Voir également le Rapport Jenard (*op. cit.* note 5), à la p. 12.

[8] Ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive et ne sont donnés ici qu'à titre illustratif.

[9] « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Rapport établi par C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 d'avril 1997, voir ci-dessus p. 12 du présent tome (ci-après cité Doc. prél. No 7).

[10] Nous utilisons à dessein un terme non juridique permettant de désigner tout à la fois le domicile ou la résidence habituelle pour les personnes physiques et tout autre critère équivalent pour les personnes morales.

a provision. It may be noted here only that the merit of this proposal is that it poses a problem which, although not of frequent occurrence, is not a textbook case. There is, however, one difficulty associated with it that can be noted at this time: an arbitral award in most judicial systems is *res judicata*, rendered abroad. As far as its enforcement is concerned, however, it must usually be reviewed by means of an *exequatur* procedure or some other equivalent process, even if it was rendered in the same territory as the judge making the ruling. The question arises, then, whether it is wise to make provision for a different rule depending on the country in which the award was handed down.

6 On the subject of **social security**, the experts did not consider themselves to be sufficiently well-informed with respect to concrete examples encountered in practice. A small, informal survey taken among interested parties revealed that the exclusion of social security without any specific explanation is ambiguous. Indeed, there are cases in which a social security organisation assumes the rights of an insured party and must collect moneys from third parties (companies, when accidents occur at work; tort feasors or insurance companies, in particular).[5] This problem could be overcome in part if a clause were inserted in the Convention like the one proposed in the following paragraph.[6] One might also question whether one should exclude the actions taken by social security organisations to recover contributions owed them when, given the increase in expatriation, some of these moneys must be collected abroad. It should be noted, however, that there are bilateral agreements that would reduce the need to include this subject in the Convention.[7]

7 Furthermore, one delegation drew the attention of the Special Commission to the fact that procedures involving a government entity should not be excluded from the scope of the Convention. For this reason it was proposed that no action be excluded from the definition of civil and commercial matters merely because a government, a government agency, or a government instrumentality is a party to the suit; if private rights are transferred to a government, a government agency, or a government instrumentality (for example, when one such entity has become a judicial administrator, trustee, or guarantor); if the government acts as a commercial operator, that is, it seeks to obtain relief for a contract, a tort, or a private right; or if the government acts as agent for a group of persons whose individual actions can be characterised as private rights (for example, cases involving the defrauding of consumer rights).[8] The list of entities referred to should most likely be enlarged to include private agencies with a public service mission.

8 Also proposed for exclusion from the scope of the Convention were actions relating to nuclear damage, as is the case in Article 1, second paragraph, sub-paragraph (7), of the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (the 1971 Enforcement Convention). One delegation, however, preferred to limit this exclusion to cases covered by the *Paris Convention of 29 July 1960 on Civil Liability Concerning Nuclear Energy* and its *Additional Protocols of 28 January 1964* and *of 16 November 1982*, in addition to the *Vienna Convention of 21 May 1963 on Civil Liability Concerning Nuclear Damage*, or any amendment to these Conventions.

9 It was also explained, however, that it is no longer necessary under a double convention providing for direct jurisdiction to exclude actions involving the existence or establishment of legal persons or involving the powers of their organs, inasmuch as this exclusion, inserted in the 1971 Enforcement Convention, was justified only because that Convention is a single convention having no direct jurisdiction. At the time, the desire was to avoid having two contradictory decisions with regard to issues as important as the existence or establishment of legal persons. In the future Convention, this problem should be eliminated *ex ante* because the Convention will include a rule of direct jurisdiction in this regard.

10 **Geographic scope** – Several different issues must be examined in this regard. They involve direct jurisdiction, including cases of exclusive jurisdiction and choice of court, as well as *lis pendens* and the recognition and enforcement of judgments.

11 The least that can be said is that the proposal submitted in paragraph 55 of Preliminary Document No 7 of April 1997[9] (including note 72) caused such an outcry that the author of this report hesitates to raise the issue again. It was explained particularly that the defendant is at the Convention's centre of gravity. Thus, for those experts who expressed themselves in favour of dual criteria of geographic application (*i.e.*, the court seised *and* the defendant must be located in the territory of a Contracting State that might be different from one another), the consequence would be that a defendant located in the territory of a third State would not be "protected", because the court seised could continue to use its non-Convention rules against such defendant. This system could also encourage third States to ratify the Convention. Finally, this system would be the only one that could be harmonised with the system provided for in the Brussels and Lugano Conventions.

12 As far as the rules of **direct jurisdiction** are concerned, there is no principle of public international law requiring States to limit the application of the Convention only to cases in which two conditions are met cumulatively: the court seised is located in the territory of a Contracting State *and* the defendant is located[10] in the territory of a Contracting State. Indeed, this second requirement, which is the basic principle on which the geographic scope of the Brussels and Lugano Conventions rests, except for exclusive grounds of jurisdiction and the choice of court, does not appear to correspond to any formal requirement attaching to the States Parties to the Convention.

Thus, there is no reason why a legislative policy cannot make the Convention applicable with respect to the rules of direct jurisdiction, only when the court seised is located in the territory of a Contracting State. If it is decided to follow this path, then the Convention should be supplemented by a provision to the effect that when the court seised has to declare itself as lacking jurisdiction under the rules of the Convention, and

[5] Besides, one may question if this situation relates to social security or falls outside its embrace. The Jenard Report explains that such actions come under non-Convention rules: P. Jenard, Report on the Brussels Convention of 27 September 1968, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 1-65, at p. 13.

[6] However, it should be noted that in some countries social security bodies are private bodies mandated to carry out a public service function.

[7] It is for this reason that this matter was excluded from the 1971 Enforcement Convention. See the Fragistas Report (C.N. Fragistas, Explanatory Report on the 1971 Enforcement Convention), *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)*, *Exécution des jugements*, pp. 359-388, at p. 369. See also the Jenard Report (*op. cit.* note 5), at p. 12.

[8] These examples do not constitute an exhaustive list and are provided here only by way of illustration.

[9] "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", drawn up by C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 of April 1997, see *supra* p. 13 of this tome (hereinafter cited as Prel. Doc. No 7).

[10] A non-juridical expression is deliberately employed, allowing designation of domicile or habitual residence for physical persons, and other equivalent criteria for legal persons.

de la Convention et si les parties[11] ne démontrent pas qu'un autre tribunal situé sur le territoire d'un État contractant est compétent en vertu de la Convention, le tribunal saisi peut alors se déclarer compétent en vertu des règles de compétence contenues dans son droit national, y compris les règles de compétence exorbitante qui seraient autrement exclues par la Convention. Cette deuxième disposition permet d'éviter les critiques qui ont été largement développées au cours de la Commission spéciale selon lesquelles il n'existe aucune raison de priver le tribunal saisi de ses fors exorbitants si « le défendeur est domicilié dans un État tiers ». Or, l'on sait que certaines règles de compétence ne seront pas centrées sur le domicile ou la résidence habituelle du défendeur. Il en ira ainsi des compétences exclusives ou des compétences centrées sur un acte ou une activité, par exemple.

La règle exposée ci-dessus permet de privilégier l'application de la Convention et de conserver le plus grand nombre de litiges sur le territoire des États contractants sachant que les jugements ainsi rendus bénéficieront d'un régime de reconnaissance et d'exécution allégé par rapport au droit commun. Par ailleurs, on connaît les difficultés que posent aujourd'hui l'effet dit « réflexe » de l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano[12]. Il convient donc de ne pas reproduire cette même difficulté dans la Convention de La Haye.

Enfin, le schéma reproduit au paragraphe 55 du Document préliminaire No 7 démontre que la règle préserve la priorité des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou de toute autre convention lorsque les critères qui y sont prévus les rendent applicables. En tout état de cause, on peut penser qu'une clause finale réservera l'application des conventions qui demeureront applicables malgré l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye. Cette clause est classique[13] et elle permettra de satisfaire, sans entrer dans les détails, l'harmonie internationale entre les conventions.

13 En ce qui concerne la **litispendance**, les experts se sont montrés plutôt d'accord pour dire que les règles de la Convention doivent s'appliquer si les deux tribunaux saisis en même temps sont situés sur le territoire de deux États contractants. Cependant, il peut y avoir un intérêt à prévoir dans la Convention une règle lorsque la litispendance a lieu entre le tribunal d'un État contractant et le tribunal d'un État non contractant. Cette idée n'a pas été vraiment discutée par la Commission spéciale et, pour le moment, les règles de litispendance qui ont été proposées à titre préliminaire[14] ne se sont pas prononcées sur cette question qu'il conviendra d'approfondir au cours des débats du mois de novembre.

14 En ce qui concerne l'**élection de for**, les experts se sont partagés essentiellement en deux groupes : un premier groupe soutient que les règles de validité de la clause d'élection de for contenues dans la Convention ne peuvent s'appliquer qu'aux élections de for désignant un tribunal[15] d'un État contractant alors qu'un deuxième groupe d'experts soutient que les règles de la Convention doivent s'appliquer même si la clause d'élection de for désigne un tribunal d'un État non contractant. S'agissant ici de faire respecter la volonté des parties et de vérifier simplement la validité de l'expression de cette volonté, on ne voit pas très bien pourquoi on devrait faire la différence selon le choix que ces parties ont fait, sauf à partir du principe que les parties doivent être protégées malgré elles. De surcroît, procéder à une distinction selon que la clause donne compétence à un tribunal d'un État contractant ou non complique l'application de la Convention. En effet, compte tenu des règles d'application dans le temps et du fait que, s'agissant d'un accord de nature contractuelle, il faudra se placer à la date à laquelle la clause d'élection de for a été conclue, on risquerait de reporter indéfiniment l'application des règles de la Convention concernant cette question. Or, le besoin d'unification en la matière est immédiat et réel. De plus, la Convention comprendra une ou plusieurs règles limitant la validité au fond des clauses lorsque la Convention prévoit des compétences exclusives ou de protection. Dans ce domaine, il n'existe pas de raison évidente pour abandonner l'application de la Convention si les parties ont décidé de choisir un tribunal situé dans un État non contractant.

15 Quant aux règles présidant à l'applicabilité des dispositions conventionnelles portant sur **la reconnaissance et l'exécution des décisions**, les experts se sont accordés pour admettre, comme cela est indiqué au paragraphe 58 du Document préliminaire No 7, que deux conditions cumulatives sont nécessaires : le tribunal requis est situé sur le territoire d'un État contractant ; le jugement a été rendu par un tribunal d'un État contractant.

Éléments du contrôle du jugement étranger par le juge requis

16 Pour faciliter la discussion il a été convenu, au départ, de ne pas distinguer la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger. Toutefois, ainsi qu'il le sera explicité ci-après[16], lorsque le régime juridique de la reconnaissance d'un côté et de l'exécution de l'autre auront été définis, il sera plus aisé de décider quels sont les éléments du contrôle nécessaires pour les deux effets et quels sont ceux qui doivent être limités à la seule exécution du jugement étranger.

17 Il a également été suggéré que le régime applicable au contrôle d'un jugement étranger rendu par défaut pourrait être différent de celui destiné à vérifier un jugement étranger rendu à la suite d'une procédure contradictoire. La terminologie qui sera finalement utilisée dans la future Convention n'a pas encore été arrêtée dans la mesure où de nombreux experts ont relevé que les notions de « jugement par défaut » ou de « jugement contradictoire » reçoivent des définitions très dissemblables d'un système juridique à l'autre, les procédures nationales présentant une grande diversité à cet égard. La

[11] On ne se prononce pas ici sur la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur. Toutefois, on peut penser que, parfois, au stade de la procédure dans laquelle le juge doit se prononcer sur la compétence, seul le demandeur sera devant lui.

[12] Les diverses compétences de l'art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne sont pas fondées sur le domicile du défendeur mais sur des critères de rattachement différents : lieu de situation de l'immeuble pour les actions réelles mobilières et les baux d'immeubles sous certaines conditions différentes d'une Convention à l'autre (art. 16 (1)) ; lieu du siège social pour les actions en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés aux personnes morales ou des décisions de leurs organes (art. 16 (2)) ; lieu de situation des registres publics en matière de validité des inscriptions sur ces registres (art. 16 (3)) ; lieu du dépôt ou de l'enregistrement demandé, effectué ou réputé avoir été effectué, pour les actions en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement (art. 16 (4)) ; lieu de l'exécution pour les actions en matière d'exécution des décisions (art. 16 (5)). Lorsque le critère de rattachement concerné n'est pas situé dans un État contractant de la Convention, le caractère exclusif conféré à cet article empêche d'utiliser l'art. 2 qui aurait pu s'appliquer lorsque le défendeur est effectivement domicilié sur le territoire d'un État contractant. Cet effet est dit « réflexe » pour signifier qu'il s'agit d'une conséquence indirecte du caractère exclusif des compétences prévues au texte, en ce qu'il agit comme une exclusion de l'application de la Convention dans son ensemble lorsque le critère de rattachement prévu par l'une des compétences exclusives n'est pas situé sur le territoire d'un État contractant. Un exemple concret permettra d'en percevoir mieux les conséquences : un demandeur français, domicilié en France, veut intenter une action réelle immobilière ayant trait à un immeuble situé au Maroc. Le défendeur est domicilié en Allemagne. La Convention de Bruxelles ne peut s'appliquer puisque l'immeuble est situé au Maroc. Une controverse existe sur cet effet réflexe. Elle a été mise en lumière par les auteurs (essentiellement français, Droz, Gothot et Holleaux et Gaudemet-Tallon) alors que les Rapporteurs des Conventions de San Sebastián et de Lugano considèrent que cet effet réflexe ne peut jouer et que, dans l'exemple que nous avons donné, le Français domicilié en France doit attraire le défendeur en Allemagne en vertu de l'art. 2 de la Convention. En ce qui nous concerne, c'est cette solution qui nous paraît être la meilleure. Toutefois, il pourrait être fait application, dans une telle hypothèse, de la théorie du *forum non conveniens*.

[13] La règle est classique en ce sens qu'il est désormais courant de prévoir des dispositions permettant d'éviter les conflits de conventions. En revanche, son contenu devra être adapté à la matière particulière de la Convention.

[14] Cf. *infra* Nos 96 et s.

[15] La désignation pourrait être faite aux tribunaux d'un État en général plutôt qu'à un tribunal spécialement désigné. Mais l'on sait que ce système est plus compliqué à mettre en œuvre ainsi qu'en atteste l'art. 1(1) de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*. Sur la question générale de savoir si les règles de compétence de la Convention doivent être rédigées en terme de compétence générale ou de compétence spéciale, cf. *infra* No 119 et Doc. prél. No 8, Nos 6 et s.

[16] Cf. *infra* Nos 53 et s.

the parties[11] cannot demonstrate that another court located in a Contracting State has jurisdiction under the Convention, the court seised may then declare that it has jurisdiction under the rules of jurisdiction contained in its domestic law, including the rules of exorbitant jurisdiction that would otherwise be excluded by the Convention. This second provision makes it possible to avoid the criticisms that were, for the most part, raised during the Special Commission meeting to the effect that there is no reason to deprive the court seised of its exorbitant jurisdiction if "the defendant is domiciled in a third State". It is well known that certain rules of jurisdiction will not be focused on the domicile or the habitual residence of the defendant. This is the case with regard to exclusive grounds of jurisdiction or jurisdiction based, for example, on an act or an activity.

Under the rule put forward above, application of the Convention is favoured, along with the retention of as many cases as possible in the territory of the Contracting States, since judgments rendered in this way will benefit from a less severe regime of recognition and enforcement by comparison with non-Convention rules. Also well known are the problems posed nowadays by the so-called "reflex effect" of Article 16 of the Brussels and Lugano Conventions.[12] Care should be taken, then, not to reproduce this same problem in the Hague Convention.

Lastly, the scheme set out in paragraph 55 of Preliminary Document No 7 shows that the rule maintains the priority of the Brussels and Lugano Conventions or any other convention when the criteria set forth therein make them applicable. In any case, a final clause will probably reserve application of those conventions which will remain applicable despite the entry into force of the Hague Convention. This clause is traditional,[13] and will make it possible to preserve international harmony among conventions without being specific.

13 On the subject of ***lis pendens***, the experts were mostly in agreement that the rules of the Convention must be applied if the two courts before which a case is pending at the same time are located in the territory of two Contracting States. It may, however, be advantageous to add a rule to the Convention when the *lis pendens* occurs between the court of a Contracting State and the court of a non-Contracting State. This idea was not really discussed by the Special Commission and, for the time being, the rules of *lis pendens* that were proposed on a preliminary basis[14] do not address this issue, which should be examined in detail during the November discussions.

14 Regarding the **choice of court**, the experts were divided basically into two groups. The first group maintains that the rules in the Convention governing the validity of the choice of court clause can only apply to choices of forum that designate a court[15] of a Contracting State. The second group of experts, however, argues that these rules of the Convention must apply even if the choice of court clause designates a court of a non-Contracting State. Being a matter of ensuring that the will of the parties is respected and simply verifying that the expression of such will is valid, it is not very clear why a distinction has to be made between the choice these parties have made, other than on the principle that the parties must be protected despite themselves. Furthermore, making a distinction according to which the clause grants jurisdiction either to a court of a Contracting State or to a court of a non-Contracting State complicates the application of the Convention. Indeed, considering the rules of temporal application and the fact that in an agreement that is contractual in nature, the date on which the choice of court clause was concluded will have to be used, there is a risk that application of the rules of the Convention regarding this issue could be postponed indefinitely. There is a real and immediate need for unification on this subject. Moreover, the Convention will include one or more rules limiting the material validity of the clauses when the Convention calls for exclusive or protective jurisdictions. On this matter, there is no clear reason not to apply the Convention if the parties have decided to choose a court located in a non-Contracting State.

15 With reference to the rules governing the applicability of those provisions of the Convention concerning the **recognition and enforcement of decisions**, the experts agreed that, as indicated in paragraph 58 of Preliminary Document No 7, two conditions must be met cumulatively: the court addressed must be located in the territory of a Contracting State, and the judgment must have been handed down by a court of a Contracting State.

Elements in the review of a foreign judgment by the court addressed

16 To facilitate the discussion, it was agreed that, initially, no distinction would be drawn between the recognition and the enforcement of the foreign judgment. As discussed later in this document,[16] however, when the legal regime of recognition, on the one hand, and enforcement, on the other, have been defined, it will be easier to decide which elements of review are needed for both, and which elements must be limited to enforcement of the foreign judgment alone.

17 It was also suggested that the regime applicable to the review of a foreign default judgment could be different from one designed to review a foreign judgment rendered in adversarial proceedings. The terminology that will ultimately be used in the future Convention has not yet been decided upon, inasmuch as many experts noted that the concepts of "default judgment" or "adversarial judgment" are defined very differently from one legal system to another, and the procedures in each country differ widely. The question may be more of determining whether the defendant in the proceeding of ori-

[11] No conclusion is reached here on the burden of proof as between the plaintiff and the defendant. However, one might perhaps consider whether, at the stage in proceedings at which the judge decides on jurisdiction, only the plaintiff would be before the court.
[12] The various grounds of jurisdiction under Art. 16 of the Brussels and Lugano Conventions are not based on the domicile of the defendant but on different connecting criteria: the place where property is situated for proceedings *in rem* in respect of immovable property and tenancies in immovable property under certain conditions which differ from one Convention to the other (Art. 16 (1)); the place where they have their seat for proceedings in relation to the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or legal persons or the decisions of their organs (Art. 16 (2)); the place where public registers are kept in relation to the validity of entries in such registers (Art. 16 (3)); the place in which deposit or registration has been applied for, has taken place or is deemed to have taken place, for proceedings in respect of the registration or validity of patents, trademarks, designs and other similar rights required to be deposited or registered (Art. 16 (4)); the place of enforcement for proceedings concerning the enforcement of judgments (Art. 16 (5)). When the connecting factor is not situated in a Contracting State, the exclusive nature of the jurisdiction conferred by this Article prevents the use of Art. 2 which could have been applied when the defendant is in effect domiciled in the territory of a Contracting State. This effect is said to be "reflex" to indicate that it concerns an indirect consequence of the exclusive nature of the jurisdictions provided for in the text, in that it operates to exclude the application of the Convention as a whole when the connecting factor provided for by one of the exclusive grounds of jurisdiction is not situated in the territory of a Contracting State. A concrete example will better illustrate the consequences: A French plaintiff, domiciled in France, wishes to bring an action *in rem* concerning immovable property situated in Morocco. The defendant is domiciled in Germany. The Brussels Convention cannot be applied because the immovable property is situated in Morocco. Controversy surrounds this reflex effect. A controversy exists on this so-called "reflex effect". It has been brought to light by authors (essentially French, Droz, Gothot and Holleaux and Gaudement-Tallon) whereas the Reporters of the San Sebastián and Lugano Conventions believe that this reflex effect does not operate and that, in the example that has been given, the Frenchman domiciled in France must then sue the defendant in Germany by virtue of Art. 2 of the Convention. For our purposes, this solution seems to be the best. Nevertheless, in such a situation, the doctrine of *forum non conveniens* could be applied.
[13] The rule is traditional in the sense that it is standard to make provisions which allow conflicts between conventions to be avoided. On the other hand, its content will have to be adapted to the particular subject matter of the Convention.

[14] *Cf. infra* Nos 96 *et seq.*
[15] The courts of a State in general could be designated rather than a specific court. But it is known that this system is more complicated to put into effect as is shown by Art. 1(1) of the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*. On the general question of whether the jurisdictional rules of the Convention should be drafted in terms of general jurisdiction or special jurisdiction, *cf. infra* No 119 and Prel. Doc. No 8, Nos 6 *et seq.*
[16] *Cf. infra* Nos 53 *et seq.*

question est peut-être plus de savoir si le défendeur à la procédure d'origine a eu une réelle opportunité de se défendre et de présenter ses arguments que l'étiquette accolée au jugement lui-même.

18 Plusieurs experts ont également souligné la nécessité d'étendre le contrôle du jugement étranger plus largement que ce qu'il est possible de faire dans un cercle restreint d'États. Il a cependant également été admis que plus la liste des éléments du contrôle serait longue, moins la Convention aurait d'intérêt vis-à-vis de l'un de ses objectifs, à savoir, une plus grande facilité de circulation des jugements au sein des États parties à la Convention. Or, il a été dit également qu'un minimum de confiance entre les États est à la base de l'exercice de création de la future Convention. L'équilibre entre un contrôle rigoureux du jugement étranger et la volonté de laisser circuler les jugements sera délicat à trouver. À cet égard, il convient de remarquer que les éléments du contrôle du jugement étranger seront formulés non en termes de « régularité » de la décision mais en termes de condition ou d'exception à la reconnaissance ou l'exécution[17]. De plus, on peut imaginer d'insérer dans la Convention une disposition modelée sur l'article VII de la Convention de New York de 1958 selon lequel les États sont libres d'appliquer des normes plus libérales que celles prévues par la Convention.

19 Il a également été convenu que la discussion se bornerait, dans un premier temps, à s'intéresser aux jugements provenant d'un État contractant pour être reconnus ou exécutés dans un autre État contractant. Initialement en effet, il convenait d'éviter la complication qui n'aurait pas manqué de se faire jour si l'on envisageait également l'hypothèse d'un jugement en provenance d'un État non contractant[18].

20 Enfin, il a été convenu que l'on partirait du principe de la prohibition de la révision au fond, sachant cependant que certains éléments du contrôle exigent du juge requis d'étudier plus ou moins en détail le jugement du tribunal d'origine.

21 **Compétence indirecte** – On entend par compétence indirecte la vérification de la compétence du juge d'origine par le juge requis. C'est une condition universellement connue de tous les systèmes juridiques. Elle constitue souvent le pilier central du régime de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. La prémisse du raisonnement consiste à dire que les règles de compétence permettant la vérification de la compétence indirecte sont celles définies par la première partie de la Convention, c'est-à-dire comportant les règles de compétence directe. Indépendamment de la question de la charge de la preuve qui relève des questions de procédure étudiées plus loin dans le présent rapport[19], les experts ont eu à se prononcer sur la question de savoir si cette vérification se justifie dans le cadre d'une convention double et si la vérification doit porter à la fois sur les constatations de fait et en droit.

22 Sur la première question, un grand nombre d'experts ont soutenu l'idée que la future Convention ne bénéficiant pas d'un système d'interprétation uniforme et obligatoire comme le prévoit la Convention de Bruxelles[20], le contrôle de la compétence indirecte est indispensable. Il a été dit en effet que l'on ne peut pas laisser la responsabilité de la bonne ou mauvaise application de la Convention au seul tribunal d'origine. Le contrôle de la compétence du tribunal d'origine semble donc acquis.

23 Demeure incertaine l'étendue exacte du contrôle. Doit-il porter à la fois sur les questions de fait et en droit? Les experts se sont trouvés plus divisés sur cet aspect du problème. Tout d'abord, il a été fait remarquer que la distinction des constatations de fait et des décisions en droit est extrêmement délicate à mener. Certaines questions ont un caractère mixte mélangé de fait et de droit. Pour maintenir une certaine logique au système, ces questions mixtes devraient également être contrôlées par le juge requis. Il a également été noté que beaucoup de jugements ne comportent pas un détail des faits suffisant pour permettre une vérification de la compétence du juge d'origine. Certes, on pourrait imaginer que le jugement étranger soit accompagné d'un document récapitulatif donnant l'essentiel des faits constatés par le juge d'origine. Si cette idée a été émise au début des discussions, et a été reprise de temps en temps au cours de celles-ci, à aucun moment les experts ne se sont vraiment exprimés sur une telle éventualité. Il est encore trop tôt pour dire si, comme cela est parfois le cas pour certaines Conventions de La Haye, la future Convention en cours de négociation serait ou non accompagnée d'un formulaire destiné à faciliter le travail du juge requis. La préparation d'un tel document incomberait soit au juge d'origine, soit éventuellement à un membre du Greffe du tribunal d'origine ou encore à une des parties au procès d'origine.

24 **Contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine** – Très peu de systèmes juridiques connaissent ce contrôle qui exige du juge requis la vérification de la loi appliquée au fond par le juge d'origine. Le juge requis procède à cette vérification en fonction de ses propres règles de conflits. Cette vérification est anachronique à la fois en théorie et en pratique. En théorie, il est étrange d'exiger (même si ce n'est qu'implicitement) que le juge d'origine ait appliqué une loi désignée par des règles de conflits dont il n'a pu faire application puisque chaque juge est lié par son propre système de droit international privé et ne peut appliquer que ses propres règles de conflits. En pratique, même lorsque ce contrôle est exigé, une clause de sauvegarde permet de reconnaître ou d'exécuter le jugement étranger malgré le fait que le juge d'origine a appliqué une autre loi que celle désignée par les règles de conflits du juge requis, à supposer que le résultat concret auquel est parvenu le juge d'origine soit sensiblement le même que celui auquel il serait parvenu s'il avait appliqué la loi que le juge requis considère comme applicable. Cet élément du contrôle a disparu de la plupart des conventions bilatérales modernes. S'il existe dans la Convention de Bruxelles et la Convention de Lugano[21], c'est à titre très résiduel lorsque le juge d'origine a dû trancher des questions préalables qui sortent du champ d'application matériel de ces Conventions. S'agissant de domaines extrapatrimoniaux pour la plupart, on a pensé qu'il était important de maintenir le contrôle de la loi appliquée afin de ne pas avoir recours inutilement à l'exception d'ordre public. Il convient de noter, cependant, que le texte des Conventions de Bruxelles et de Lugano comporte la même clause de sauvegarde que celle qui a été exposée ci-dessus.

25 On note que cet élément du contrôle existe dans la Convention Exécution de 1971[22]. Toutefois, ce texte est

[17] La terminologie est ici très importante. Si l'on utilise le mot « condition » on pourrait en inférer que c'est au demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution à prouver les éléments du contrôle. Au contraire, si l'on parle d'« exception », on en déduit alors que la charge de la preuve pèse sur le défendeur. Cette question de répartition de la charge de la preuve sera abordée ci-dessous au No 60 et a été brièvement abordée dans la « Note sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans la perspective d'une convention double avec examen particulier des jugements étrangers condamnant à des dommages-intérêts excessifs ou punitifs », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 4 de mai 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 (qui n'est pas reproduit dans ce tome mais est disponible à l'adresse <www.hcch.net>), à la p. 5. Par ailleurs, on a discuté du point de savoir si la liste doit être rédigée en utilisant la forme affirmative ou la forme négative. Aucune décision n'a été prise à cet égard.

[18] On peut d'ailleurs se demander s'il revient à la Convention le rôle d'unifier le droit des États contractants pour les effets des jugements d'États non contractants.

[19] Cf. *infra* No 60.

[20] Interprétation confiée à la Cour de justice des Communautés européennes par le Protocole annexe. Les questions sur l'interprétation uniforme de la future Convention de La Haye ont été brièvement évoquées en fin de Commission spéciale ainsi qu'il le sera mentionné *infra* No 118.

[21] Voir art. 27 (4).

[22] Art. 7.

gin was actually afforded the opportunity to defend himself and to present his arguments, rather than what label to apply to the judgment itself.

18 Several experts also stressed the need to extend the review of the foreign judgment more broadly than can be done within a limited circle of States. It was, however, admitted that the longer the list of elements to be reviewed, the less the Convention would be of interest in terms of one of its objectives, *i.e.*, much greater ease in circulating judgments within the States Party to the Convention. It was also noted that the task of creating the future Convention must be based on a minimum of trust among the States. The balance between rigorous review of the foreign judgment and the wish to allow judgments to circulate will be difficult to find. In this regard, it should be pointed out that the elements of the review of the foreign judgment will be defined not in terms of whether it was "validly" rendered, but in terms of any conditions or exceptions with respect to recognition or enforcement.[17] Moreover, the possibility can be envisaged of inserting in the Convention a provision modelled on Article VII of the 1958 New York Convention, wherein the States are free to apply more liberal rules than those stipulated in the Convention.

19 It was also agreed that the discussion on review would initially be limited to judgments rendered in a Contracting State for recognition or enforcement in another Contracting State. Indeed, it would be better at first to avoid the inevitable complication that would have arisen had it been decided to discuss judgments from non-Contracting States.[18]

20 Finally, it was decided as a basic principle that review on the merits would be prohibited, acknowledging, however, that some elements of the review require the court addressed to examine the judgment rendered by the court of origin in some degree of detail.

21 **Indirect jurisdiction** – Indirect jurisdiction is taken to mean review of the jurisdiction of the court of origin by the court addressed. This is a universal condition in all legal systems, and is often the linchpin of the regime of recognition and enforcement of foreign judgments. It is based on the premise that the rules of jurisdiction used to review indirect jurisdiction are those defined by the first part of the Convention, *i.e.*, the rules of direct jurisdiction. Regardless of the issue of the burden of proof, which relates to procedural issues examined later on in this report,[19] the experts were asked to express their opinion on whether such review is justified under a double convention and whether the review can involve at the same time determination of fact and of law.

22 Regarding the first question, many experts supported the idea that since the future Convention would have no uniform and mandatory system of interpretation, such as that provided for in the Brussels Convention,[20] the review of indirect jurisdiction is vital. Indeed, it was noted that responsibility for ensuring the proper application of the Convention cannot be left to the court of origin alone. Review of the jurisdiction of the court of origin would appear, then, to have been definitely decided upon.

23 The exact extent of the review remains uncertain. Should it extend both to matters of fact and law? The experts were more divided on this aspect of the problem. First, it was noted that the distinction between determinations of fact and decisions of law is an extremely fine one. Some issues combine the two, both fact and law. To ensure that the system maintains a certain logic, such issues that combine the two aspects should also be reviewed by the judge addressed. It was also noted that many judgments do not include a description of the facts sufficient to allow review of the jurisdiction of the court of origin. One way to ensure this, of course, would be to require that the foreign judgment be accompanied by a document summarising the main facts established by the judge of origin. Although this idea was put forward at the start of the discussions and from time to time taken up again during them, at no time did the experts actually express their views on such a possibility. It is still too soon to say whether, as is sometimes the case with certain Hague Conventions, the future Convention now being negotiated would or would not include a form intended to facilitate the task of the court addressed. Drafting such a document could be the responsibility of either the judge of origin or, possibly, of a member of the Office of the Clerk of the court of origin, or yet again of one of the parties to the original proceeding.

24 **Review of the law applied by the court of origin** – Very few legal systems have this review, which requires the court addressed to verify the law applied with respect to the merits by the court of origin. The court addressed conducts this review on the basis of its own rules of conflict. The review is anachronistic from both the theoretical and practical standpoints. In theory, it is odd to require (even if only implicitly) the court of origin to have applied a law designated by rules of conflict that it was unable to apply, inasmuch as each court is bound by its own system of private international law and can only apply its own rules of conflict. In practice, even when such review is required, a saving clause allows for the recognition or enforcement of the foreign judgment despite the fact that the court of origin has applied a law other than that designated by the rules of conflict of the court addressed, as long as the actual result reached by the court of origin is almost the same as the result it would have reached had it applied the law that the court addressed considered applicable. This element of review has disappeared from most modern bilateral conventions. Although it is still to be found in the Brussels and Lugano Conventions,[21] it is only on a residual basis, when the court of origin has had to rule on preliminary questions outside the substantive scope of those Conventions. Since most of the issues involved are "extrapatrimonial", it was thought important to maintain the review of the law applied in order to avoid having to use the public policy exception in vain. It should, however, be noted that the text of the Brussels and Lugano Conventions includes the same saving clause as that referred to above.

25 It should be pointed out that this element of review exists in the 1971 Enforcement Convention.[22] The text is, however,

[17] Terminology here is very important. If the word "condition" is used it might be inferred that it is up to the applicant for recognition and enforcement to prove the existence of the factors relevant in the review. On the other hand, if one uses the term "exception", the inference is that the burden of proof falls upon the defendant. This question of the division of the burden of proof will be addressed *infra* at No 60 and was briefly touched upon in the "Note on the Recognition and Enforcement of Decisions in the Perspective of a Double Convention with Special Regard to Foreign Judgments Awarding Punitive or Excessive Damages", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 4 of May 1996 for the attention of the Special Commission of June 1996 (which has not been reproduced in this tome but is available at <www.hcch.net>), at p. 4. Moreover, the question was discussed of whether the list should be drafted using positive or negative language. No decision was taken on this issue.

[18] It may also be asked whether it is the function of the Convention to unify the law of the Contracting States as regards the effects of judgments from non-Contracting States.

[19] *Cf. infra* No 60.

[20] Jurisdiction to interpret conferred on the Court of Justice of the European Communities by the annexed Protocol. Questions concerning the uniform interpretation of the future Hague Convention were briefly raised at the end of the Special Commission as described *infra* at No 118.

[21] See Art. 27 (4).

[22] Art. 7.

extrêmement limitatif puisqu'il interdit au juge requis de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement étranger pour la *seule raison* que le tribunal de l'État d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été appliquée par l'État requis. Compte tenu de la présence du premier alinéa de ce texte, le second alinéa adopte une rédaction inverse en ce qui concerne les questions préalables tranchées par le juge d'origine dans des matières exclues par la Convention. En effet, la reconnaissance et l'exécution peuvent alors être refusées si le tribunal d'origine a atteint un résultat différent de celui qui aurait été obtenu par application à cette question des règles de droit international privé de l'État requis.

26 Compte tenu des explications données durant la discussion sur la nature limitée du contrôle et son abandon dans les conventions bilatérales récentes, un grand nombre d'experts se sont déclarés plutôt opposés au maintien d'un tel contrôle, sauf éventuellement pour les questions préalables et à titre résiduel.

27 **Motivation de la décision étrangère** – Tous les systèmes juridiques ne connaissent pas le même degré d'exigence de motivation. On doit d'ailleurs signaler qu'à l'intérieur d'un même système juridique, l'exigence de motivation n'est pas toujours la même selon le type de jugement envisagé. Par exemple, les jugements de référé[23] sont généralement peu ou pas motivés. Il est traditionnel de justifier l'exigence de motivation par les arguments suivants : (1) elle permet de s'assurer que les droits de la défense ont bien été respectés ; (2) elle permet de vérifier que le principe du contradictoire a été mis en œuvre et que toutes les pièces et documents versés par une partie aux débats ont été connus par l'autre partie ; (3) elle permet, enfin, aux parties au procès de comprendre les raisons pour lesquelles elles ont éventuellement perdu ce procès et de déterminer avec une assez grande certitude si un recours peut avoir une quelconque chance de succès. À cet égard, la motivation permet aussi aux juridictions supérieures de mieux statuer sur le recours formé à l'encontre de la décision.

28 Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, quelle peut être l'utilité d'un tel contrôle ? Il est clair que l'argument pris des voies de recours ne peut être d'aucune utilité dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement étranger puisque les voies de recours sont ouvertes dans l'État d'origine et non dans l'État requis. En revanche, certains s'attachent au contrôle de la motivation pour refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement qui n'aurait pas respecté les droits de la défense ni le principe du contradictoire. Si l'on peut effectivement admettre qu'il existe un lien direct entre la motivation et la vérification du respect du contradictoire, il conviendrait alors de permettre à la partie intéressée de soumettre au juge requis tout document complémentaire qui viendrait pallier l'absence de motivation, afin de convaincre le juge requis que le juge d'origine a effectivement permis un débat contradictoire dans la procédure d'origine. Néanmoins, il a été fait remarquer, notamment par les praticiens, observateurs durant la session de la Commission spéciale, que l'exigence automatique de documents complémentaires est trop contraignante, notamment s'il faut traduire tous ces documents dans la langue du juge requis.

29 Finalement, la discussion montre que les experts sont tombés d'accord pour dire que l'on ne doit pas modifier la pratique des États et exiger une motivation lorsque celle-ci n'est pas habituellement exigée par l'État d'origine. Par ailleurs, le contentieux privé international révèle l'importance toujours plus grande de procédures rapides. L'exigence de motivation peut aller à l'encontre de la nécessité de rapidité. Certes, il a été expliqué que, plus le jugement étranger serait motivé et plus le contrôle du juge requis en serait facilité. Toutefois, il ne semble pas de bonne politique législative d'autoriser le juge requis de refuser la reconnaissance et l'exécution uniquement pour cette raison. Si le juge requis ne trouve pas dans le jugement les éléments nécessaires pour procéder au contrôle auquel il devra procéder en vertu de la Convention, il lui est loisible de demander un complément d'information à la partie sur qui pèse la charge de la preuve[24]. Mais on peut douter que la Convention doive inclure des dispositions aussi détaillées, d'autant plus que l'on s'est même demandé si la Convention ne doit pas exclure la possibilité pour le juge requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution en raison d'un défaut de motivation.

30 **Notification et ordre public procédural** – La notification préalable du défendeur dans la procédure d'origine est essentielle à la protection des droits de la défense. Sous réserve de ce qui sera dit plus loin à propos de la charge de la preuve, il apparaît clairement des discussions que le contrôle de la notification préalable du défendeur doit permettre de s'assurer qu'il a eu le temps nécessaire pour organiser sa défense. Certains experts ont parlé à ce sujet de « délai raisonnable ». On s'est demandé à cet égard si la seule vérification du délai est suffisante ou s'il faut également exiger une régularité de la notification conformément aux Conventions en vigueur et notamment à la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*. Certains experts ont en effet émis l'idée selon laquelle si le défendeur a comparu devant le juge d'origine et qu'il a eu un délai suffisant pour organiser sa défense, peu importerait la régularité de la notification. Pour d'autres, la vérification de la régularité de la notification et du délai suffisant doit avoir lieu seulement lorsque le jugement d'origine a été rendu par défaut.

31 Quant à l'**ordre public procédural**, il a été noté l'importance de favoriser une approche didactique. Les experts n'ont pas discuté des éléments concrets qui pourraient être inclus dans une clause d'ordre public procédural[25]. Plusieurs experts se sont déclarés hésitants à admettre une clause spécifique d'ordre public procédural ne sachant pas très bien ce qu'il conviendrait d'y placer. L'avantage d'une telle clause serait de ne pas faire de l'impartialité du tribunal d'origine une disposition séparée mais de la subsumer dans une disposition consacrée au contrôle des garanties fondamentales du procès, ou tout autre concept équivalent. On doit cependant reconnaître qu'une disposition trop vague ne pourrait qu'entraîner des retards dans la phase de reconnaissance ou d'exécution et encourager éventuellement les abus. Là encore, il conviendra de trouver le point d'équilibre entre la volonté de faciliter la circulation des jugements et la nécessité d'arrêter ceux qui ont été rendus dans des conditions inacceptables[26].

32 **Ordre public substantiel** – Cette disposition est classique dans tous les droits nationaux ainsi que dans toutes les conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales. Cette clause pose plus un problème de rédaction qu'un problème de principe. La question a été posée de savoir si la nouvelle Convention doit suivre la tradition des Conventions de La Haye et exiger que la violation de l'ordre public soit « manifeste ». La plupart des experts qui se sont exprimés ont préféré suivre la tradition de la Conférence de

[23] Cette expression, peut-être spécifique au système français, désigne les procédures rapides donnant lieu à des décisions exécutoires par provision, c'est-à-dire nonobstant tout recours, soit en raison de l'urgence soit parce qu'il n'existe aucune contestation sérieuse sur les droits des parties au litige. Un équivalent pourrait être les « *summary judgments* » des systèmes de *common law*.

[24] Sur la question du rôle *ex officio* du juge et de la répartition de la charge de la preuve, cf. *infra* Nos 59 et 60.

[25] Notons ici le texte anglais de l'art. 5 de la Convention Exécution de 1971.

[26] Les difficultés liées à l'ordre public procédural pourraient d'ailleurs susciter une réaction de protection telle celle envisagée par un système d'adhésion avec acceptation ainsi qu'il est exposé ci-dessous au No 120.

extremely limiting in that it prohibits the court addressed from objecting to the recognition or enforcement of a foreign judgment based *only* on the fact that the court of the State of origin applied a law other than that which would have been applied by the State addressed. Taking into account the presence of the first paragraph of this text, the second paragraph uses reverse language with regard to preliminary questions ruled on by the court of origin in matters excluded by the Convention. Indeed, recognition and enforcement can then be denied if the court of origin has arrived at a different result from that which would have been obtained if the rules of private international law of the State addressed had been applied to this matter.

26 In light of the explanations presented during the discussion on the limited nature of the review and its rejection in recent bilateral conventions, a large number of experts stated their opposition to maintaining such review, except perhaps with respect to preliminary questions and on a residual basis.

27 **Reasons for the foreign decision** – Not all legal systems are the same in terms of their requirements to present grounds. It should also be noted that even within the same legal system, the requirement is not always the same, depending on the type of judgment involved. For example, judgments "*de référé*"[23] usually offer very few grounds or else are not grounded at all. The following arguments are customarily used to justify the requirement to present grounds: (1) it makes it possible to ensure that the defendant's rights have been properly respected; (2) it makes it possible to verify that the principle of adversarial proceedings has been implemented, and that all evidence and documents entered into the proceedings by one party have been brought to the attention of the other party; and (3) it makes it possible, finally, for the parties to the proceedings to understand the reasons why they may have lost the case and allows them to determine with a fair degree of certainty whether an appeal has any chance of succeeding. In this regard, stating the grounds also allows the higher courts to rule more effectively on the appeal against the decision.

28 What is the possible usefulness of this type of review in the context of the recognition and enforcement of judgments? It is obvious that the argument based on appeal procedures has no bearing in the context of recognition and enforcement of a foreign judgment since the appeal procedures are available in the State of origin and not in the State addressed. Some experts, however, are in favour of review of the reasons because it can serve as a basis for refusing to recognise or enforce a judgment that may not have respected the rights of the defence or the principle of adversarial proceedings. If, indeed, it can be accepted that there is a direct link between the reasons given and verification that the principle of adversarial proceedings has been observed, then the interested party should be allowed to submit to the court addressed any additional document that would compensate for the absence of a statement of grounds, in order to convince the court addressed that the court of origin did indeed allow full arguments to be heard in the original proceedings. It was, however, noted, particularly by practitioners who were participating in the meeting of the Special Commission as observers, that the *a priori* requirement for additional documents is too constricting, especially if all these documents must be translated into the language of the court addressed.

29 Finally, the discussion shows that the experts agreed that no change should be introduced in the practice of the States by requiring decisions to be reasoned when this is not usually required by the State of origin. In addition, international private legal cases show the ever increasing importance of expeditious proceedings. The requirement for decisions to be grounded may run counter to the need for speed. The explanation was, of course, offered that the more reasons given for the foreign judgment, the easier the review by the court addressed. It does not, however, appear to be good legislative policy to authorise the court addressed to refuse recognition and enforcement solely on this basis. If the court addressed does not find, in the judgment, the necessary elements for conducting the review mandated by the Convention, it is authorised to request additional information from the party on whom the burden of proof rests.[24] It is doubtful, however, that the Convention needs to include such detailed provisions, especially inasmuch as the question has been raised as to whether the Convention should not exclude the possibility for the court addressed to refuse recognition and enforcement for lack of grounds.

30 **Notification and procedural public policy** – Prior notification of the defendant in the original proceeding is essential for the protection of the defendant's rights. Subject to what is stated below regarding the burden of proof, it is clear from the discussions that review of prior notification of the defendant must make it possible to ensure that he had enough time to organise his defence. Some experts talked in terms of reasonable time limit. It was asked in relation to this whether it is sufficient to review only the period of notice or whether there should also be a requirement that notice be properly carried out in accordance with the conventions in force and in particular the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. Indeed, some experts suggested that if the defendant has appeared before the court of origin and was given sufficient time to organise his defence, it would not matter if he had not been properly notified. For other experts, reviewing the fact that proper notification occurred and that sufficient time was allowed for preparing a defence need only take place when the judgment of origin was delivered by default.

31 With regard to **procedural public policy**, the importance of a didactic approach was noted. The experts did not discuss specific elements that might be included in a procedural public policy clause.[25] Some experts said that they hesitated to agree to a specific procedural public policy clause when they were not very sure of what would be appropriate to include in it. The advantage of such a clause would be that no separate provision would be required for establishing the impartiality of the court of origin, since this could be subsumed into a provision devoted to review of the basic guarantees of due process, or any other equivalent concept. It should be acknowledged, however, that a provision that is too vague would only lead to delays in the recognition or enforcement phase and might encourage abuses. Once again, a balance must be struck between the desire to facilitate the circulation of judgments and the need to stop those that were rendered under unacceptable conditions.[26]

32 **Substantive public policy** – This provision is traditionally found in all national laws and in all the international conventions, whether bilateral or multilateral. This clause poses more of a drafting problem than a problem of principle. It was asked whether the new Convention should follow the tradition of the Hague Conventions and require that any violation of public policy be "manifest". Most of the experts who expressed their views preferred to follow the tra-

[23] This expression, perhaps unique to the French system, describes speedy procedures giving rise to provisionally enforceable decisions, that is to say notwithstanding any appeal, either for reasons of urgency or because there is no serious dispute as to the rights of the parties to the proceedings. An equivalent might be the "summary judgments" in the common law systems.

[24] On the question of the *ex officio* role of the judge and the division of the burden of proof, *cf. infra* Nos 59 and 60.

[25] The English text of Art. 5 of the 1971 Enforcement Convention may be noted here.

[26] The difficulties attached to procedural public policy might also give rise to a defensive reaction such as that envisaged by an accession system which is subject to acceptance as is set out *infra* at No 120.

La Haye. Toutefois, certains ont noté l'ambiguïté de la signification exacte de l'adverbe « manifestement »[27]. Il conviendra d'être vigilant sur l'harmonie et la cohérence à maintenir entre une disposition sur l'ordre public rédigée de manière limitative et les différents recours à l'ordre public qui ont été préconisés à plusieurs reprises au cours des discussions ayant trait aux autres éléments de contrôle[28].

33 Il est également de tradition en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements que la contrariété à l'ordre public de l'État requis soit appréciée en fonction de la reconnaissance et de l'exécution qui est demandée et non pas du jugement étranger lui-même. Cette distinction qui semble être inconnue dans les pays de *common law* est au contraire essentielle pour les pays de tradition romano-germanique. C'est ce que l'on appelle l'« effet atténué » de l'ordre public. Cet effet est dit « atténué » parce que le lien de la relation juridique de base avec le for requis est relativement faible. Cette relation est née à l'étranger, elle s'y est cristallisée, elle y a été jugée et c'est uniquement son ultime phase – celle de la reconnaissance ou de l'exécution – qui doit s'insérer dans l'ordre juridique de l'État requis. Ceci ne devrait pas poser trop de difficulté dans la mesure où la rédaction qui pourrait être retenue serait celle privilégiée par le début de l'article 5, numéro 1, de la Convention Exécution de 1971 qui dispose dans sa partie pertinente : « *la reconnaissance ou l'exécution de la décision* est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis »[29].

34 **Décisions inconciliables**[30] – Il n'est pas aisé de définir ce que sont deux décisions inconciliables. On pourrait toutefois retenir la définition suivante : deux décisions sont inconciliables si elles sont contradictoires, c'est-à-dire qu'elles obligent *une même personne* à agir de deux manières opposées. Un exemple peut mieux faire comprendre cette définition : une décision juge que l'occupant d'un immeuble en est le propriétaire alors qu'une autre décision décide que cette même personne doit payer un loyer à un tiers. Dans un premier temps, nous devons nous préoccuper uniquement des jugements inconciliables en provenance d'États contractants.

35 La première hypothèse est la contradiction entre un jugement en provenance d'un État contractant par rapport à un jugement rendu dans l'État requis. Les experts de la Commission spéciale se sont divisés sur la règle à adopter dans ce cas. Certains ont préféré faire systématiquement prévaloir le système judiciaire de l'État requis quelle que soit la date à laquelle chaque jugement a été rendu. D'autres experts, en revanche, ont préféré faire jouer la règle *prior tempore potior jure* et faire prévaloir la décision rendue en premier même si cette décision est celle d'un autre État contractant[31].

36 La deuxième hypothèse est celle qui met en présence deux jugements de deux États contractants dont aucun ne provient de l'État requis. Les experts se sont déclarés en majorité pour faire prévaloir le premier jugement rendu. Certains ont néanmoins envisagé l'hypothèse dans laquelle le deuxième jugement rendu serait présenté d'abord à la reconnaissance ou à l'exécution dans l'État requis[32]. Dans ce cas, et si le défendeur ne prend pas la précaution de soulever l'existence d'un autre jugement préalablement rendu dans un autre État contractant, on peut se demander si le juge de l'État requis doit faire jouer la règle *prior tempore*. En effet, on peut penser que le juge requis ne sera pas forcément au courant de l'existence de l'autre jugement rendu dans un autre État contractant, mais, même s'il est au courant, on peut se demander s'il ne revient pas au défendeur, et à lui seul, de soulever l'autorité de la chose jugée et éventuellement l'inconciliabilité d'un autre jugement sous peine de perdre ses droits en vertu de cet autre jugement. En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, l'autorité de la chose jugée n'est pas une exception d'ordre public et il convient à la partie qui veut s'en prévaloir de la soulever[33].

37 Mais, il n'est pas suffisant de s'intéresser seulement aux autres États contractants ainsi qu'il a été dit en introduction de ce chapitre[34]. En effet, on ne pourra pas éviter que le juge requis soit confronté à une inconciliabilité de jugement entre un jugement d'un État contractant et un jugement d'un État non contractant. Dans ce cas, il ne peut y avoir inconciliabilité que si les deux jugements peuvent chacun en ce qui le concerne faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une exécution en fonction des règles qui leur sont propres : règles issues de la nouvelle Convention de La Haye pour le jugement en provenance d'un État contractant et règles issues soit d'autres conventions internationales applicables dans l'État requis soit de son droit commun pour le jugement en provenance d'un État non contractant. Si l'une de ces deux décisions ne permet pas de passer les tests de reconnaissance ou d'exécution, il n'y a pas alors incompatibilité puisque, pour l'État requis, seule importe la décision qui peut être reconnue ou exécutée. En revanche, si les deux décisions sont susceptibles de reconnaissance ou d'exécution dans l'État requis, il conviendrait alors de faire application de la même règle que celle exposée ci-dessus pour l'inconciliabilité de décisions en provenance de deux États contractants différents.

38 On s'est également posé la question de savoir si n'est pas pertinente pour cette question d'inconciliabilité de décisions la date à laquelle une procédure a été lancée dans l'État d'origine en plus de la date de la décision rendue. En réalité, cette question doit être traitée au stade de la litispendance et elle sera donc étudiée dans les développements consacrés à cette question[35].

39 Enfin, il convient de savoir dans quelle condition les décisions inconciliables doivent avoir été rendues. L'article 5, numéro 3, de la Convention Exécution de 1971 exige que les décisions inconciliables aient été rendues au cours de procédures opposant les mêmes parties, fondées sur les mêmes faits et ayant le même objet. Plusieurs experts ont exprimé l'idée que cette triple condition est trop restrictive. Toutefois, les avis ont été extrêmement partagés, certains proposant la suppression de toutes conditions préalables, se contentant de constater l'inconciliabilité de décisions au cas par cas en fonction de la définition qui a été donnée ci-dessus[36], les autres préférant continuer à exiger que les litiges ayant donné lieu aux décisions inconciliables se soient fait jour entre les mêmes parties, alors que d'autres encore ont préféré conserver une condition substantielle entre les deux procédures ayant donné lieu aux jugements inconciliables (même objet

[27] Il est classique de dire que l'exigence d'une violation « manifeste » permet au juge requis de procéder à un examen superficiel de la décision car la violation doit être apparente ou évidente. C'est dire que le refus d'exécution pour ce motif sera relativement rare.

[28] Cf. notamment la discussion sur les dommages et intérêts excessifs, la loi appliquée par le juge d'origine, la motivation, l'ordre public procédural et la fraude. Il a aussi été fait allusion à l'hypothèse d'un jugement rendu en violation des principes de l'État requis en matière d'immunités des États. L'exception d'ordre public substantiel devrait permettre d'empêcher l'exécution d'un tel jugement dans l'État requis.

[29] C'est nous qui soulignons.

[30] Sur cette question et son rapport avec l'arbitrage, voir *supra* No 5.

[31] La règle *prior tempore* est susceptible de ne pas être pertinente dans certains cas. Il en va ainsi lorsqu'un jugement condamne une caution alors qu'un autre annule la dette cautionnée. Il existe une hiérarchie naturelle entre ces deux décisions ne dépendant pas de la date à laquelle elles ont été respectivement rendues. Il serait en effet absurde d'exécuter un jugement à l'encontre de la caution alors que, la dette principale ayant été annulée, la caution n'est plus tenue.

[32] En ce qui concerne la reconnaissance, cela dépendra du point de savoir si elle est attribuée de plein droit. Sur cette question, cf. *infra* Nos 53 et s.

[33] Il existe néanmoins des systèmes (par ex. en Suisse) dans lesquels, une fois au courant de l'existence d'une décision ayant l'autorité de la chose jugée, le juge doit en tenir compte d'office.

[34] Cf. *supra* No 19.

[35] Cf. *infra* Nos 96 à 100. Nous supposons que la future Convention contiendra une règle sur la litispendance. Dans le cas contraire, les dispositions ayant trait à l'inconciliabilité des décisions devront alors tenir compte de la date à laquelle chacune des procédures a été commencée.

[36] Cf. *supra* No 34.

dition of the Hague Conference. Some, however, noted the ambiguity in the exact meaning of the adverb "manifestly".[27] Care must be taken to maintain harmony and consistency between a public policy provision drafted restrictively and the different due process remedies recommended on various occasions during the discussions of other elements of review.[28]

33 It is also customary, where the recognition and enforcement of judgments is concerned, to understand the infringement of the public policy of the State addressed in terms of the recognition and enforcement that is requested, rather than the foreign judgment itself. This distinction, apparently unknown in common law countries, is essential for countries following the Roman law tradition, and is referred to as the "attenuated effect" of public policy. The effect is referred to as "attenuated" because the link between the basic legal relationship and the court addressed is relatively weak. This relationship originated abroad, took material form there, and was adjudicated upon there, and it is only the final phase thereof, that of "recognition or enforcement", that must be accommodated within the legal order of the State addressed. This should not cause too much trouble to the extent that the wording which could be adopted is that favoured by the beginning of Article 5, sub-paragraph (1), of the 1971 Enforcement Convention, the pertinent part of which provides that "*recognition or enforcement of the decision* is manifestly incompatible with the public policy of the State addressed".[29]

34 **Irreconcilable decisions**[30] – It is not easy to define the notion of "irreconcilable decisions". The following definition could be used: two decisions are irreconcilable if they are contradictory, *i.e.*, they require *the same person* to act in two opposing ways. An example will help explain this definition: one decision stipulates that the occupant of a building is its owner, while another says that the same person must pay rent to a third party. Initially, we must address only irreconcilable judgments issued by Contracting States.

35 The first hypothesis is contradiction between a judgment from a Contracting State and a judgment rendered in the State addressed. The Special Commission experts were in disagreement over what rule to adopt in this case. Some preferred that the judicial system of the State addressed routinely prevail, regardless of the date on which each judgment was rendered. Other experts, however, preferred that the *prior tempore potior jure* rule be adopted, and that the decision handed down first prevail even if this is a decision from another Contracting State.[31]

36 In the second hypothesis, there are two judgments from two Contracting States, neither one from the State addressed. The majority of the experts preferred that the first judgment handed down should prevail. Some, however, envisaged a hypothetical case in which the second judgment delivered would be submitted first for recognition or enforcement in the State addressed.[32] In that case, and if the defendant has not taken the precaution of pointing out the existence of another judgment rendered previously in another Contracting State, the question arises as to whether the court in the State addressed must apply the *prior tempore* rule. Indeed, the court addressed will not necessarily be aware of the existence of the other judgment handed down in another Contracting State, but, even if it is, would it not be up to the defendant alone to claim *res judicata* and the possible irreconcilability of another judgment at the risk of losing his rights under that other judgment? In most legal systems, *res judicata* is not a public policy exception and it is the responsibility of the party seeking to avail itself of it to raise the issue.[33]

37 It is not, however, sufficient to concern ourselves only with other Contracting States, as noted in the introduction to this Chapter.[34] Indeed, it is inevitable that the court addressed will have to confront the irreconcilability of a judgment from a Contracting State and a judgment from a non-Contracting State. In such a case, there can be irreconcilability only if both judgments can, each in so far as it is concerned, be recognised and enforced under the rules that apply to it: rules derived from the new Hague Convention for the judgment from a Contracting State, and rules from either other international conventions applicable in the State addressed or from its non-Convention rules for the judgment from a non-Contracting State. If one of these two decisions fails the tests of recognition or enforcement, there is then no incompatibility, since, for the State addressed, the only decision that matters is the one that can be recognised or enforced. If, however, both decisions are capable of being recognised and enforced in the State addressed, then the same rule as that described above should be applied to address the irreconcilability of decisions from two different Contracting States.

38 It was also asked whether the date on which a proceeding was initiated in the State of origin, in addition to the date of the decision handed down, might be pertinent with regard to this matter of the irreconcilability of decisions. Actually, this matter must be addressed in the *lis pendens* stage, and will thus be examined in the discussions devoted to that issue.[35]

39 It should, lastly, be determined under what conditions irreconcilable decisions must have been handed down. Article 5, sub-paragraph (3), of the 1971 Enforcement Convention requires that irreconcilable decisions have been rendered in proceedings between the same parties, based on the same facts, and having the same purpose. Several experts expressed the view that this three-fold condition is too restrictive. Opinions were extremely divided, though, with some proposing the elimination of all preconditions and being satisfied with determination of the irreconcilability of decisions on a case by case basis as defined above;[36] others preferred to continue requiring that the proceedings giving rise to irreconcilable decisions originate between the same parties, while others again preferred to maintain a substantive condition linking the two proceedings that produced the irreconcilable judgments (same purpose or same cause of action); there was a

[27] It is traditional to state that the requirement of a "manifest" violation allows the judge addressed to carry out a superficial examination of the decision because the violation must be obvious or clear. That is to say, a refusal to enforce for this reason will be relatively infrequent.

[28] *Cf.* in particular the discussion of excessive damages, the law applicable by the court of origin, the reasons for decision, procedural public policy and fraud. Reference was also made to the situation in which a judgment is rendered in violation of the principles in the State addressed concerning State immunity. The substantive public policy exception should make it possible to avoid the enforcement of such a judgment in the requested State.

[29] Emphasis added.

[30] On this issue, and its connection with arbitration, see *supra* No 5.

[31] The *prior tempore* rule may not be relevant in certain cases. Such is the case when one judgment imposes a guarantee while another annuls the debt guaranteed. There exists a natural hierarchy between these two decisions, which does not depend on the date on which they were respectively rendered. It would indeed be absurd to enforce a judgment against the guarantor when, the principal debt having been annulled, the guarantor is no longer liable.

[32] As regards recognition, this will depend on whether it is accorded by operation of law. On this question, *cf. infra* Nos 53 *et seq.*

[33] There exist, nevertheless, some systems (for example, in Switzerland) in which, once made aware of the existence of a decision having the status of *res judicata*, the judge must automatically take account of it.

[34] *Cf. supra* No 19.

[35] *Cf. infra* Nos 96-100. It is assumed that the future Convention will contain a rule on *lis pendens*. If not, the provisions dealing with the irreconcilability of decisions will then have to take account of the date on which each procedure was commenced.

[36] *Cf. supra* No 34.

ou même cause). Une dernière catégorie d'experts a préféré, pour le moment, conserver les trois conditions exigées par l'article 5, numéro 3, de la Convention de 1971.

40 **Fraude** – On peut différencier au moins quatre hypothèses de fraude: (1) une fraude à la compétence du juge d'origine; (2) une fraude à la loi; (3) une fraude à la notification préalable du défendeur dans la procédure d'origine; (4) une fraude commise dans la production des preuves devant le tribunal d'origine (par ex. des documents contrefaits ou falsifiés).

41 En ce qui concerne la fraude à la compétence, il s'agit de la manipulation du critère de rattachement. Ces hypothèses sont rares dans les domaines qui nous préoccupent. Elles peuvent être mises en lumière à travers le contrôle de la compétence et il ne semble pas nécessaire de faire du contrôle de la fraude à la compétence une hypothèse spécifique dans la Convention.

42 En ce qui concerne la fraude à la loi, il s'agit d'une manipulation similaire qui permet de faire déclarer une loi applicable différente de celle qui aurait dû être appliquée sans la manipulation du critère de rattachement. Si l'on maintient le contrôle de la loi appliquée spécifiquement dans la Convention, le contrôle de la fraude à la loi sera ainsi assuré au travers du contrôle de la loi appliquée. Si, en revanche, on abandonne le contrôle de la loi appliquée[37], on peut se demander s'il est vraiment utile de maintenir un contrôle de la fraude à la loi appliquée. En effet, l'abandon de toute vérification de la loi appliquée correspond à une volonté de ne pas rouvrir un débat sur le fond. Le défendeur doit bénéficier d'une opportunité de se défendre mais il ne doit pas lui être donné une deuxième occasion de le faire au moment de la reconnaissance et de l'exécution.

43 En ce qui concerne la fraude à la notification préalable, celle-ci sera détectée et sanctionnée en même temps que le contrôle de la notification dont il a été question ci-dessus[38].

44 Le cas le plus grave mais qui n'est tout de même pas extrêmement fréquent, c'est celui dans lequel il y a eu une fraude dans l'administration de la preuve au cours de la procédure étrangère. On pourrait, pour cela, penser à insérer dans la future Convention un texte similaire à celui qui existe à l'article 5, numéro 2, de la Convention Exécution de 1971 qui dispose que la reconnaissance ou l'exécution de la décision peut être refusée si « la décision résulte d'une fraude commise dans la procédure ». Toutefois, les experts ont été invités à s'interroger sur le point de savoir si l'on maintenait une telle disposition et si elle ne devrait pas être complétée par une condition supplémentaire selon laquelle la fraude devrait être connue de la partie qui s'en prévaut seulement après que le jugement d'origine a été rendu. En effet, on pourrait décider de ne pas autoriser la partie qui se prévaut de la fraude à soulever cette question au stade de la reconnaissance et de l'exécution du jugement si elle a eu connaissance de cette fraude au cours de la procédure d'origine et a omis de soulever ce problème devant le juge d'origine.

45 La discussion a montré que plusieurs experts sont opposés à voir la future Convention alourdie par une disposition spécifique en matière de fraude. D'autres experts se sont montrés très réservés et hésitants à admettre une telle disposition. D'autres encore, qui envisageraient éventuellement une disposition de la nature de celle existant dans la Convention Exécution de 1971, ont précisé qu'il conviendrait d'en limiter les effets au cas où la partie qui se prévaut de la fraude en a eu connaissance après que le jugement d'origine a été rendu. Ce sera évidemment le cas lorsque ce jugement a été rendu par défaut. Mais l'on peut imaginer que même lorsqu'il y a eu participation du défendeur dans la procédure d'origine, la fraude a pu ne pas apparaître au cours de la procédure. Par ailleurs, certains experts ont fait valoir que, dans certains cas, si la fraude est apparue au cours de la procédure d'origine, la partie qui en est victime peut souhaiter ne pas soulever ce problème au cours de la procédure d'origine parce que les conditions de procédure devant le juge d'origine ne lui donnent pas de garantie que sa demande serait prise en considération. Cette dernière hypothèse pourrait être couverte par l'ordre public procédural ou tout équivalent fonctionnel que l'on voudrait insérer dans la future Convention[39].

46 **Notion de décision** – La Convention devra définir les décisions qui pourront être reconnues ou exécutées en vertu de ses dispositions. Il faudra bien sûr que la décision porte sur une matière non exclue du champ matériel de la Convention. Il faudra qu'elle émane d'un tribunal ou autre autorité[40] situé sur le territoire d'un État contractant. Il est possible que les experts souhaitent prévoir à cet égard des dispositions transitoires lorsque la procédure aura été initiée dans l'État d'origine en vertu de règles de compétence autres que celles de la Convention pour la seule raison que la Convention n'était pas en vigueur dans l'État d'origine à l'époque, mais que le jugement a été rendu à une époque où la Convention est entrée en vigueur tant dans l'État d'origine que dans l'État requis. Les experts se sont également interrogés sur le point de savoir si la décision devait être définie en fonction du tribunal ou de l'autorité qui l'a rendu dans l'État d'origine. Un certain nombre de décisions d'un type particulier, telles les décisions gracieuses, en matière de preuves, ou les injonctions « *anti-suit* », peuvent ou non donner lieu à une reconnaissance ou une exécution. Il a également été discuté de la question des actes authentiques et des transactions. Enfin, le caractère définitif de la décision d'origine et son caractère exécutoire sont-ils nécessaires à la fois pour la reconnaissance et l'exécution ?

47 Un certain nombre d'experts se sont montrés d'accord pour s'inspirer de l'article 2, alinéa premier, de la Convention Exécution de 1971 qui dispose:

> « La Convention s'applique à toute décision, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, rendue par un tribunal d'un État contractant, quelle que soit la dénomination donnée dans l'État d'origine tant à la procédure qu'à la décision elle-même. »

En d'autres termes, peu importe l'autorité ou le tribunal qui a rendu la décision si celle-ci est rendue dans une matière couverte par la Convention telle qu'elle sera prévue vraisemblablement à l'article premier du futur texte. Il pourrait en aller ainsi, par exemple, des décisions civiles rendues par les tribunaux pénaux[41]. Il a cependant été fait remarquer que la notion de « mandat d'exécution », prévue à l'article 2, alinéa premier, de la Convention Exécution de 1971 rappelé ci-dessus, n'est plus appropriée puisque c'est une institution qui a été supprimée de la plupart des droits nationaux[42]. Il a également été précisé que la Convention pourrait prévoir une disposition spécifique pour les décisions concernant l'allocation des frais de procès. Toutefois, cet aspect de la question est relativement controversé et il n'est pas certain que les

[37] Cf. *supra* No 26.
[38] Cf. *supra* No 30.
[39] Cf. *supra* No 31.
[40] Une assez longue discussion eut lieu sur la notion de tribunal et sur le point de savoir si l'on a besoin d'un terme précis dans la Convention. Se poseront, en effet, des questions pour les décisions de juridictions confessionnelles ou d'autorités ayant une fonction juridictionnelle en vertu du droit de l'État qui les institue. En ce qui concerne les juridictions confessionnelles, on peut penser qu'elles auront peu ou pas de titre à intervenir dans le cadre de la Convention, compte tenu des matières exclues de son champ d'application matériel. En tout état de cause, il conviendra de trouver une terminologie permettant d'englober toutes ces hypothèses. Celle d'« autorité juridictionnelle » pourrait être adéquate. On trouvera des développements sur cette question dans le Doc. prél. No 4 de mai 1996 (*op. cit.* note 17), p. 11.
[41] Toutefois, les particularités de la procédure pénale dans certains pays pourraient être une entrave à une telle disposition.
[42] De plus, on doit noter que l'expression en langue anglaise « *writ of execution* » n'est pas claire. Il peut s'agir d'un simple problème de traduction. Mais il peut s'agir aussi d'un problème ayant trait à l'inexistence d'une institution analogue dans les systèmes de *common law*.

final category of experts who preferred, for the time being, to maintain the three conditions required under Article 5, sub-paragraph (3), of the 1971 Convention.

40 **Fraud** – At least four types of possible fraud can be differentiated: (1) fraud as to the jurisdiction of the court of origin; (2) fraud in relation to the applicable law; (3) fraud concerning prior notification of the defendant in the original proceeding; and (4) fraud committed in the submission of evidence to the court of origin (*e.g.*, counterfeit or falsified documents).

41 Fraud as to jurisdiction consists of manipulating the connecting factor. This type of fraud is rare in the matters of concern to us. It can be detected by jurisdictional review, and it does not seem necessary to include review of jurisdiction-related fraud as a specific provision in the Convention.

42 Fraud in relation to the applicable law involves a similar type of manipulation by which a law is declared applicable that is different from the one that should have been applied in the absence of manipulation of the connecting factor. If review of the law applied is kept expressly in the Convention, this will ensure review of fraud involving such law by review of the law applied. If, however, this review is eliminated,[37] it may not be genuinely useful to keep review of fraud as to the applicable law in the Convention. Indeed, eliminating any verification of the law applied reflects a desire not to reopen a debate on the merits. The defendant must have an opportunity to defend himself, but he must not be given a second chance to do so at the time the decision is recognised or enforced.

43 Fraud concerning prior notification will be detected and sanctioned at the same time as the review of the notification discussed above.[38]

44 The most serious, though not a very common, case occurs when there has been fraud in the production of evidence during the foreign proceeding. It might, for example, be possible to insert in the future Convention a text similar to that of Article 5, sub-paragraph (2), of the 1971 Enforcement Convention, which provides that recognition or enforcement of the decision may be refused "if the decision was obtained by fraud in the procedural sense". However, the experts were invited to discuss whether a provision such as this should be included and whether or not it should be supplemented by an additional condition whereby the party invoking the fraudulent situation should have been aware of it only after the original judgment has been rendered. Indeed, one might decide not to authorise the party invoking the fraudulent situation to raise this matter during the phase of recognition and enforcement of the judgment if he was aware of the fraud during the original proceeding and neglected to raise the problem with the judge of origin.

45 The discussion demonstrated that several experts are opposed to having the future Convention weighed down by a specific provision relating to fraud. Other experts were extremely reserved and hesitant to accept such a provision. Still others, who might consider a provision such as that found in the 1971 Enforcement Convention, specified that its effects should be limited to the case in which the party invoking the fraud became aware of it after the original judgment was handed down. This will obviously be the case when the judgment was delivered by default. It can also be envisioned, however, that even when the defendant participated in the proceeding of origin, the fraud might not have appeared during the proceedings. Besides, some experts emphasised that, in some cases, where the fraud has emerged during the course of the original proceedings, the affected party may prefer not to raise the issue because the procedural conditions in the court of origin do not guarantee that his request would be considered. This last hypothesis could be covered by procedural public policy or any functional equivalent that could be inserted in the future Convention.[39]

46 **The concept of decision** – The Convention will have to define the type of decision that will be recognisable or enforceable under its provisions. Naturally, the decision will have to involve a subject not excluded from the substantive scope of the Convention. It must originate in a court or other authority[40] located in the territory of a Contracting State. The experts may wish to provide transitional provisions in this regard when the proceeding has been initiated in the State of origin under rules of jurisdiction other than those of the Convention, for the sole reason that the Convention was not in force in the State of origin at the time, but the judgment was delivered at a time when the Convention had entered into force in the State of origin and the State addressed. The experts also wondered whether the decision should be defined on the basis of the court or the authority that rendered it in the State of origin. Some decisions of a particular type, such as non-contentious decisions, decisions on evidence, or anti-suit injunctions, may or may not result in recognition or enforcement. Also discussed was the matter of authentic instruments and judicial settlements. Finally, must the decision be final and binding for it to be both recognised and enforced?

47 Some of the experts agreed that the example of Article 2, first paragraph, of the 1971 Enforcement Convention should be followed. That provision reads:

> "This Convention shall apply to all decisions given by the courts of a Contracting State, irrespective of the name given by that State to the proceedings which gave rise to the decision or of the name given to the decision itself such as judgment, order or writ of execution."

In other words, it matters little what authority or court rendered the decision if the decision is rendered in a matter covered by the Convention as in all likelihood will be stipulated in the first article of the future text. This could perhaps also apply to civil decisions rendered by criminal courts.[41] It was, however, pointed out that the concept of "writ of execution" in the above-cited Article 2, first paragraph, of the 1971 Enforcement Convention is no longer appropriate, since this is an institution that has been removed from most national laws.[42] It was also specified that the Convention could include a specific provision to cover decisions involving the allocation of procedural costs. This is a relatively controversial aspect of the issue, however, and it is not certain that the

[37] *Cf. supra* No 26.
[38] *Cf. supra* No 30.
[39] *Cf. supra* No 31.
[40] There was a fairly long discussion on the meaning of court, and on whether there is need for a very precise term in the Convention. Indeed, questions will arise in relation to the decisions of religious courts or authorities having a judicial function under the law of the State which established them. As regards religious courts, it may be thought that they will have little or no standing within the Convention, taking account of the matters excluded from its substantive scope of application. In any case, terminology should be found which allows all of these situations to be encompassed. The term "judicial authority" might be adequate. Discussion of this issue will be found in Prel. Doc. No 4 of May 1996 (*op. cit.* note 17), p. 10.
[41] Specificities of criminal procedural rules in some countries, however, may be an obstacle to such a provision.
[42] Moreover, it should be noted that the expression in English "writ of execution" is not clear. It may simply be a problem of translation. But it may also be a problem arising from the absence of an analogous institution within the common law systems.

Report – Special Commission March 1998

experts décident finalement d'inclure une disposition spécifique à cet égard. Quant aux injonctions de payer, elles posent des problèmes particuliers puisqu'elles donnent lieu à des ordonnances prises unilatéralement, sans que le défendeur soit entendu. Ces ordonnances sont exécutoires de plein droit jusqu'à ce que le défendeur ait formé opposition, recours qui permet de redonner un caractère contradictoire à la procédure.

48 Les experts se sont généralement montrés d'accord pour exclure du domaine de la Convention toutes les décisions en matière de preuve notamment pour éviter les risques de confusion avec la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.*

49 Un cas à part devra vraisemblablement être fait pour les décisions provisoires et conservatoires. En effet, la Commission spéciale de mars 1998 n'a pas discuté spécifiquement des décisions provisoires et conservatoires, renvoyant cette discussion au mois de novembre 1998. Cependant, la question se pose de savoir si, en plus des dispositions de compétence directe que la future Convention pourrait inclure en la matière, des dispositions spécifiques de reconnaissance et d'exécution pourraient également être introduites[43]. En attendant une décision sur ce point, les experts ont préféré ne pas se prononcer immédiatement sur cet aspect de la définition de la notion de décision.

50 Une longue discussion a été menée sur la notion de décision définitive (*final*). La Convention Exécution de 1971 prévoit en son article 4 :

> « La décision rendue dans l'un des États contractant doit être reconnue et déclarée exécutoire dans un autre État contractant conformément aux dispositions de la présente Convention
>
> [...]
>
> 2. si elle ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'État d'origine. »

La discussion a montré que l'on pourrait éventuellement se mettre d'accord sur une telle définition de la notion de jugement définitif. Toutefois, en ce qui concerne l'exécution du jugement d'origine, si celui-ci est déclaré exécutoire dans le pays d'origine mais peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire ou si ce recours est encore pendant, le juge requis pourrait néanmoins accorder l'exécution contre garantie donnée par la partie qui bénéficierait de l'exécution qu'elle pourrait rendre les sommes qui lui ont été imparties si la décision venait à être infirmée dans l'État d'origine. En ce qui concerne la reconnaissance, il ne devrait pas être nécessaire que la décision soit exécutoire dans l'État d'origine. Toutefois, les experts ne se sont pas prononcés très clairement sur ce point.

51 Une assez longue discussion a été menée sur la question des actes authentiques. Il s'agit d'actes qui sont établis par une autorité publique ou, comme en Écosse, inscrits dans un registre officiel. L'authenticité de l'acte doit porter sur son contenu et pas seulement sur la signature ou la forme de l'acte. L'acte doit être exécutoire par lui-même dans l'État dans lequel il a été établi. En Écosse par exemple, un extrait du registre autorise l'exécution de l'acte au même titre qu'une décision judiciaire. Dans la mesure où un acte authentique est un équivalent fonctionnel à une décision judiciaire, il pourrait, en tant que tel, être inclus dans le champ d'application de la Convention. La discussion n'a pas permis de décider quelles seraient les conditions exactes de reconnaissance et d'exécution de ces actes authentiques et si elles seraient identiques à celles exigées pour les jugements. Cette question fera l'objet de discussions ultérieures.

52 En ce qui concerne les transactions, cette question n'a pas vraiment été discutée. Il s'agit essentiellement de transactions conclues au cours d'un procès, devant un tribunal ou une autorité, et qui sont exécutoires de plein droit en vertu du droit de l'État d'origine[44]. Si la Convention devait autoriser une exécution des transactions, elle devrait également se prononcer sur les conditions exactes qui permettront cette exécution dans l'État requis[45].

Éléments de procédure

53 **Reconnaissance de plein droit** – Au cours de la discussion, il a été constaté que la notion de reconnaissance de plein droit est une notion ambiguë. Dans le cadre de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, cette expression est utilisée simplement pour viser les hypothèses dans lesquelles aucune procédure spécifique n'est nécessaire pour la reconnaissance de la décision étrangère. Toutefois, des conditions précisément définies à la Convention doivent néanmoins être vérifiées avant que la reconnaissance puisse être accordée s'il y a contestation. Dans cette acception, la reconnaissance de plein droit veut simplement dire que tout juge de l'État requis auquel il est demandé d'accorder l'autorité de la chose jugée à un jugement étranger peut, sans procédure particulière, vérifier les conditions de reconnaissance de la décision invoquée et reconnaître cette décision si les conditions sont remplies. Il conviendra également de décider si le contrôle doit éventuellement être allégé au-delà de l'exigence du caractère exécutoire de la décision qui n'est pas nécessaire pour l'autorité de la chose jugée.

54 **Type de procédure**[46] – Deux orientations se sont fait jour parmi les experts de la Commission spéciale. Dans le premier groupe, on trouve les experts qui suggèrent que la Convention ne doit proposer aucune disposition spécifique sur la procédure et simplement renvoyer celle-ci au droit de l'État requis. Dans le deuxième groupe, on trouve les experts qui préfèrent harmoniser ou même uniformiser un certain nombre d'éléments de procédure indispensables au bon fonctionnement de la Convention et préfèrent ainsi insérer dans la future Convention quelques dispositions de procédure. Tous, néanmoins, se sont accordés pour dire que la Convention ne devait pas être alourdie inutilement et que, si quelques dispositions de procédure devaient être insérées dans la Convention, celles-ci devaient être limitées à celles qui sont strictement nécessaires.

55 Parmi les points qui ont été discutés, on doit signaler l'hypothèse d'une procédure simplifiée en première instance, éventuellement unilatérale dans un premier temps. Toutefois, certains experts se sont interrogés sur la faisabilité, dans le cadre d'une convention mondiale, avec une liste d'éléments de contrôle relativement longue, d'un contrôle unilatéral sans la présence du défendeur. Si une telle voie devait être poursuivie, la Convention devrait vraisemblablement prévoir une liste plus limitée des éléments de contrôle pour cette première phase, les autres éléments n'étant vérifiés qu'au stade de l'appel.

56 En ce qui concerne la liste des juridictions compétentes pour décider de l'exécution d'une décision étrangère, il a été

[43] Signalons ici que la Convention Exécution de 1971 exclut les mesures provisoires et conservatoires (art. 2, 2e al.).

[44] Il a été suggéré également que les transactions issues de modes alternatifs de règlement des différends, telle la médiation, devraient être couvertes par les dispositions de la Convention. Cette suggestion n'a pas été discutée par la Commission spéciale.

[45] Cf. art. 19 de la Convention Exécution de 1971.

[46] La discussion qui suit porte uniquement sur l'hypothèse d'une procédure distincte d'exécution de la décision étrangère.

experts will decide in the end to incorporate a specific provision on this subject. As for injunctions, they pose particular problems since they give rise to orders taken unilaterally, without the defendant being heard. These orders are enforceable by operation of law until the defendant raises objections, a form of redress which allows the procedure to resume an adversarial character.

48 The experts agreed in general to exclude from the scope of the Convention any decisions on evidence, especially in order to avoid any risk of confusion with the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*.

49 A separate case will probably have to be made for provisional and protective decisions. Indeed, the Special Commission meeting of March 1998 did not specifically discuss this issue, postponing such discussion until November 1998. It should, however, be asked whether, in addition to the provisions on direct jurisdiction that the future Convention could include on this subject, specific provisions on recognition and enforcement could also be included.[43] Pending a decision on this point, the experts preferred not to express themselves immediately on this aspect of the definition of the concept of decision.

50 A long discussion was held on the concept of "final decision". Article 4 of the 1971 Enforcement Convention provides that:

> "A decision rendered in one of the Contracting States shall be entitled to recognition and enforcement in another Contracting State under the terms of this Convention –
>
> [...]
>
> (2) if it is no longer subject to ordinary forms of review in the State of origin."

The discussion revealed that agreement may be possible on such a definition of the notion of "final decision". However, as far as the enforcement of a judgment of origin is concerned, if the judgment is declared to be enforceable in the country of origin but is still subject to ordinary forms of appeal, or if such appeal is still pending, the court addressed may still order enforcement provided the party benefiting from the enforcement guarantees that he will return the moneys awarded to him if the decision is set aside in the State of origin. As far as recognition is concerned, it should not be necessary for the decision to be binding in the State of origin. However, the experts did not express a very clear opinion on this point.

51 A fairly lengthy discussion was held on the matter of authentic instruments. These are instruments that are drawn up by a public authority or, as in Scotland, entered into an official register. The instrument must be authentic in terms of not only its signature and form, but its content as well. The instrument must be enforceable by itself in the State in which it was created. In Scotland, for example, a certified extract from the register authorises execution of the instrument on the same basis as a judicial decision. To the extent that an authentic instrument is a functional equivalent of a judicial decision, it could, as such, be included in the scope of the Convention. The discussion did not lead to a decision on what the precise conditions would be for recognising and enforcing such authentic instruments, and whether such conditions would be the same as those required for judgments. This matter will be discussed at a later date.

52 The subject of settlements was not really discussed. These are basically settlements concluded during a trial, before a court or an authority, and which are automatically enforceable under the law of the State of origin.[44] If the Convention were to authorise the enforcement of settlements, it should also state the specific conditions under which the settlement would be enforced in the State addressed.[45]

Procedural elements

53 **Recognition by operation of law** – In the course of discussion, it was noted that recognition by operation of law is an ambiguous notion. Under the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, this expression is used simply to refer to those situations in which no special procedure is required for the recognition of a foreign judgment. Nevertheless, the existence of certain conditions, which are precisely defined in the Convention, must be verified before recognition can be granted if there is any challenge thereto. In this sense, recognition by operation of law simply means that any court of the State addressed that is requested to declare a foreign judgment *res judicata* may, without any special procedure, verify the existence of the conditions for recognition of the decision invoked and recognise that decision if those conditions are met. It will also have to be decided whether review should possibly be made less stringent, apart from the requirement that the decision be executory in nature, which is not necessary for *res judicata*.

54 **Type of procedure**[46] – Two positions emerged among the experts of the Special Commission. Experts in the first group suggest that the Convention should not contain any specific provision concerning procedure and simply refer matters of procedure to the law of the State addressed. Experts in the second group favour harmonising or even standardising a certain number of procedural elements essential for the proper functioning of the Convention and thus favour including some provisions on procedure in the new Convention. All, however, agree that the Convention should not be pointlessly burdened and that, if some provisions on procedure are to be included in the Convention, they should be limited to those strictly necessary.

55 One of the matters discussed was the possibility of using a simplified procedure at first instance, one that might possibly be unilateral at first. Some experts, however, wondered about the feasibility of conducting a unilateral review in the absence of the defendant, when operating in the framework of an international convention with a relatively long list of elements for review. If this path is to be taken, the Convention would probably have to provide for a more limited list of elements for this first phase, and leave the rest of the elements to be verified at the appellate phase.

56 With regard to the list of courts with jurisdiction to decide on the enforcement of a foreign judgment, it was

[43] It may be noted here that the 1971 Enforcement Convention excludes provisional and protective measures (Art. 2, 2nd para.).

[44] It was also suggested that settlements arising from alternative methods of dispute resolutions such as mediation should be covered by the provisions of the Convention. This suggestion was not discussed by the Special Commission.

[45] *Cf.* Art. 19 of the 1971 Enforcement Convention.

[46] The following discussion deals exclusively with the situation in which there is a distinct procedure for the enforcement of the foreign judgment.

reconnu que, pour des raisons pratiques, cette liste ne peut pas être incluse dans la Convention. En revanche, l'idée selon laquelle chaque État ratifiant la Convention pourrait, par voie de déclaration, informer le dépositaire ou le Bureau Permanent de la Conférence de la liste des juridictions compétentes pour connaître d'une action en exécution de jugements étrangers semble avoir recueilli quelque soutien. Le dépositaire ou le Bureau Permanent serait chargé de faire circuler cette information auprès des États contractants comme cela est déjà le cas pour d'autres Conventions de La Haye[47].

57 En 1996, il avait été suggéré que la Convention pourrait prévoir un délai minimal dans lequel le jugement étranger devrait être exécuté. Il est souvent noté, en effet, que les procédures de reconnaissance et d'exécution sont trop longues et empêchent une libre circulation des jugements. Néanmoins, on peut se demander si la charge imposée aux États contractants, la Convention dût-elle prévoir un délai maximal, ne serait pas contre-productive, empêchant certains de ratifier la Convention par crainte de ne pas parvenir à respecter ce délai. On peut cependant imaginer plusieurs moyens plus flexibles de parvenir à un résultat similaire. Le préambule de la Convention pourrait prévoir que l'un des objectifs est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements dans un bref délai ou un délai raisonnable. Par ailleurs, lorsque la Convention aborde les questions de procédure, une phrase pourrait mentionner une obligation pour le juge requis de statuer le plus rapidement possible. Enfin, le Rapport explicatif pourrait insister sur cet aspect de la procédure dans l'État requis. Bien entendu, les différentes possibilités mentionnées ci-dessus ne doivent pas forcément être utilisées cumulativement.

58 Quant à l'action en inopposabilité, la tendance a été plutôt défavorable à l'inclusion d'une telle action dans la Convention. La plupart des délégués qui se sont exprimés sur cette question ont préféré que la Convention demeure silencieuse, bien qu'il ait été fait remarquer que l'article 24 de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* prévoit indirectement une telle possibilité[48].

59 **Rôle *ex officio* du juge** – La question débattue par les experts est celle de savoir si le juge requis doit *sua sponte* procéder au contrôle de la décision à reconnaître ou à exécuter ou, au contraire, s'en tenir aux seuls éléments contestés par le défendeur à la reconnaissance ou à l'exécution. Un bon nombre d'entre eux ont préféré exclure tout rôle *ex officio* du juge requis y compris sur le contrôle de la violation de l'ordre public de l'État requis. Ces experts ont justifié leur position en soulignant que, si le juge était amené à étudier ces questions de sa propre initiative, des délais considérables pourraient en résulter alors que l'un des buts de la Convention est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. D'autres experts, en revanche, ont estimé que l'on ne peut pas laisser le contrôle du jugement étranger entre les mains du défendeur. Parmi ces experts, certains seraient d'accord pour limiter le contrôle *ex officio* du juge aux seules questions d'ordre public et, éventuellement, à la vérification de la notification préalable du défendeur lors de la procédure d'origine[49] et du respect des droits de la défense.

60 **Charge de la preuve** – La tendance générale de la Commission a été pour exiger du demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution la communication d'une copie authentique du jugement étranger avec, si nécessaire, une traduction, un document prouvant que la décision est définitive et, pour les cas d'exécution, qu'elle est exécutoire dans l'État d'origine. Pour les jugements par défaut, le demandeur aurait également à prouver que le défendeur a été effectivement notifié de manière à permettre au juge requis de vérifier les conditions qui seront prévues par la Convention. Au-delà de ces preuves exigées du demandeur[50], toutes les autres preuves devraient normalement être mises à la charge du défendeur. Ces lignes générales concernant la répartition de la charge de la preuve ne semblent pas avoir soulevé de difficulté particulière au cours de la discussion.

61 **Dommages et intérêts non compensatoires ou excessifs**[51] – Les experts ont discuté de manière très approfondie des questions liées à un jugement prononçant une condamnation à des dommages et intérêts, soit de nature non compensatoire, soit de nature compensatoire mais considérés comme « excessifs ». Cette question préoccupe toutes les délégations comme elle avait préoccupé les négociateurs du projet de traité bilatéral entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, dont l'article 8 A avait été reproduit à l'annexe V du Document préliminaire No 7[52].

62 L'une des solutions possibles serait de s'en remettre à l'exception d'ordre public. Toutefois, plusieurs experts ont soulevé une contradiction possible entre la notion extrêmement limitée de l'ordre public telle qu'elle semble vouloir être comprise dans le cadre de la future Convention, et l'utilisation de cette même exception pour refuser l'exécution de jugement condamnant à des dommages et intérêts non compensatoires ou excessifs. Par ailleurs, quelques experts ont également suggéré que même si la notion d'ordre public pouvait éventuellement être élargie, une telle disposition ne serait pas satisfaisante pour faire face à un jugement de condamnation à des dommages et intérêts excessifs. C'est pourquoi il a été proposé de prévoir une disposition particulière dans la future Convention. Cette disposition pourrait traiter séparément des condamnations à des dommages et intérêts non compensatoires et de celles portant dommages et intérêts excessifs, bien que la discussion ait montré la difficulté d'une telle scission. Il est possible que, *in fine*, le problème soit traité en une seule et même disposition.

63 En ce qui concerne les **dommages et intérêts non compensatoires**, la future Convention pourrait prévoir que la partie non compensatoire des dommages et intérêts ne serait pas reconnue si, et dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables n'auraient pas pu être alloués dans l'État requis. La question de savoir si les montants alloués au titre des frais de procès sont de nature compensatoire ou non a été discutée. Il résulte de cette discussion que ces montants sont effectivement de nature compensatoire mais ils ne sont pas toujours attribués de manière directe et en tant que telle. C'est ainsi qu'aux États-Unis d'Amérique, les frais de procès ne sont pas attribués à la partie victorieuse mais les dommages-intérêts punitifs sont, en partie, alloués pour couvrir les frais de procès. C'est pourquoi il convient de comprendre le terme « comparable » comme incluant toute allocation de dommages et intérêts destinée à remplir la même fonction ou le même objectif dans l'État requis que ceux alloués dans l'État d'origine.

[47] À cet égard, le site Internet de la Conférence, qui est en voie de finalisation, se révélera être un outil indispensable pour faciliter cette circulation d'information.
[48] L'art. 24 de la Convention Protection des enfants de 1996 dispose : « Sans préjudice de l'article 23, paragraphe premier, toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un État contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre État contractant. La procédure est régie par la loi de l'État requis. »
[49] Certains limiteraient cette vérification *ex officio* aux seuls jugements rendus par défaut.
[50] On peut songer à une liste comme celle prévue à l'art. 13 de la Convention Exécution de 1971.
[51] Une étude très complète a été publiée par la Commission de réforme juridique de l'Irlande en avril 1998 sous le titre « Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages ». Cette étude nous est parvenue trop tard pour être exploitée pour le présent rapport. Il en sera fait état autant que nécessaire au cours de la Commission spéciale de novembre 1998.
[52] L'annexe V du Doc. prél. No 7 n'est pas reproduite dans ce tome (mais elle est accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

acknowledged that, for practical reasons, this list cannot be included in the Convention. On the other hand, the idea that each State ratifying the Convention could, by means of a declaration, inform the depositary or the Permanent Bureau of the Conference of the list of courts with jurisdiction to hear an action for the enforcement of foreign judgments seems to have received some support. The depositary or the Permanent Bureau would be responsible for circulating this information to the Contracting States, as is currently done with regard to other Hague Conventions.[47]

57 In 1996, it had been suggested that the Convention could provide for a time period within which the foreign judgment would have to be enforced. Indeed, it is often noted that procedures for recognition and enforcement are excessively lengthy and impede the free circulation of judgments. Nevertheless, one might wonder whether the burden imposed on Contracting States, were the Convention to provide for a maximum time limit, would not be counter-productive, preventing some States from ratifying the Convention out of the fear that they would be unable to observe this time limit. It is possible, however, to imagine several more flexible means of achieving a similar result. The Preamble of the Convention could state that one of its objectives is to facilitate the recognition and enforcement of judgments within a short or reasonable time period. Furthermore, a sentence could be included in the part of the Convention that deals with procedural issues to the effect that the judge addressed has the obligation to rule as quickly as possible. Finally, the Explanatory Report could lay emphasis on this aspect of procedure in the State addressed. Of course, the different possibilities mentioned above should not necessarily be used cumulatively.

58 With regard to actions for ineffectiveness, the general view was rather unfavourable towards the inclusion of such actions in the Convention. Most of the delegates expressing an opinion on this issue preferred the Convention to remain silent, though it was noted that Article 24 of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* indirectly provides for such a possibility.[48]

59 ***Ex officio* role of the court** – The issue debated by the experts is whether the court addressed must *sua sponte* review the decision to be recognised or enforced or, on the contrary, must limit itself to those elements challenged by the defendant who is contesting recognition or enforcement. Many of them wanted to rule out any *ex officio* role on the part of the court addressed, including the review of any violation of the public policy of the State addressed. These experts justified their position by emphasising that if the judge were permitted to examine these issues on his own initiative, major delays could result, while one of the goals of the Convention is to facilitate the recognition and enforcement of foreign judgments. Other experts, however, deemed that the review of a foreign judgment cannot be left in the hands of the defendant. Among these experts, some would agree to limit *ex officio* review by the court exclusively to issues of public policy and, possibly, verification that the defendant had prior notice in the original proceeding[49] and that the defendant's rights were respected.

60 **Burden of proof** – The general view of the Commission was that a party applying for recognition or enforcement should be required to transmit an authentic copy of the foreign judgment with a translation, if necessary, and a document proving that the decision is final and, for cases of enforcement, that it is enforceable in the State of origin. For default judgments, the plaintiff would also have to prove, in a manner that permitted the court addressed to check the conditions provided for in the Convention, that the defendant was actually notified. Other than these proofs required of the plaintiff,[50] the burden of proof should normally be on the defendant. These guidelines for the division of the burden of proof do not seem to have raised any particular difficulty in the course of discussion.

61 **Non-compensatory or excessive damages**[51]– The experts closely examined the issues relating to awards of damages of a non-compensatory nature and of a compensatory but excessive nature. This issue is a concern for all the delegations, just as it was a concern for the negotiators of the draft bilateral Convention between the United States of America and the United Kingdom, Article 8 A of which appears in Annex V of Preliminary Document No 7.[52]

62 One possible solution would be to revert to the public policy exception. Yet several experts pointed out a possible contradiction between the extremely limited notion of public policy such as that which will be included in the future Convention, and the use of this same exception to deny enforcement of an award of non-compensatory or excessive damages. Furthermore, some experts also suggested that, even if the notion of public policy could possibly be broadened, such a provision would not be capable of dealing with an award of excessive damages. That is why it was proposed that a specific provision be included in the future Convention. This provision could address awards of non-compensatory damages separately from those of excessive damages – though the discussion revealed that it would be difficult to divide them in that way. It is possible that in the end the problem will be covered by a single provision.

63 With regard to **non-compensatory damages**, the future Convention could provide that the non-compensatory portion of the damage award would not be recognised if, and to the extent that, similar or comparable damages could not have been awarded in the State addressed. The question was discussed of whether sums awarded to cover legal costs are or are not compensatory in nature. What emerged from this discussion is that these sums are in effect compensatory in nature but that they are not always directly awarded as such. Thus in the United States of America legal costs are not awarded to the winning party, but punitive damages are, in part, granted for the purpose of covering legal costs. For this reason, it is wise to understand the term "comparable" as including every award of damages intended to fulfil the same function or objective in the State addressed as those awarded in the State of origin.

[47] In relation to this, the Conference's website, which is in the course of completion, will constitute an indispensable tool in facilitating this circulation of information.
[48] Art. 24 of the 1996 Child Protection Convention provides: "Without prejudice to Article 23, paragraph 1, any interested person may request from the competent authorities of a Contracting State that they decide on the recognition or non-recognition of a measure taken in another Contracting State. The procedure is governed by the law of the requested State."
[49] Some would limit this *ex officio* review exclusively to default judgments.
[50] Consideration might be given to a list like that provided for by Art. 13 of the 1971 Enforcement Convention.
[51] A thorough Consultation Paper was published by the Irish Law Reform Commission in April 1998 under the title: "Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages". This Paper reached us too late to be used for this report. When necessary, it will be referred to during the November 1998 Special Commission.
[52] Annex V of Prel. Doc. No 7 has not been reproduced in this tome (but is available at <www.hcch.net>).

Report – Special Commission March 1998

64 En ce qui concerne les dommages et intérêts **compensatoires mais excessifs**, la discussion a d'abord porté sur ce qu'il convenait d'entendre par « dommages et intérêts excessifs ». Les experts se sont mis d'accord sur le fait que seuls les dommages et intérêts manifestement abusifs ou comme certains l'ont dit « exagérément excessifs » sont concernés par cette disposition. La discussion n'a pas permis d'éclaircir complètement ce que l'on doit entendre exactement par cela. Toutefois, le standard de comparaison est constitué par les dommages et intérêts qui, dans des circonstances similaires, auraient pu être prononcés par le tribunal requis. On peut penser, bien que l'idée n'ait pas été émise au cours de la Commission spéciale, que parmi les différentes circonstances, les besoins du créancier des dommages et intérêts et les moyens du débiteur de ces dommages et intérêts pourraient être pris en considération. C'est ainsi, par exemple, qu'en cas de préjudice corporel, on pourrait imaginer qu'une condamnation à des dommages et intérêts très importants ne soit pas réduite si le débiteur de cette condamnation a effectivement les moyens d'en payer le montant et que ce montant va servir à la victime pour lui assurer les moyens de subsistance nécessaires alors que le pays dans lequel elle réside ne connaît pas forcément de système d'aide publique qui lui permettrait d'être assistée. Par ailleurs, il a été mentionné par de nombreuses délégations que la discussion devant le juge requis du montant de la compensation qui doit être exécuté doit avoir lieu en présence à la fois du débiteur et du créancier du jugement étranger, de manière à ce que la décision du juge requis soit prise contradictoirement. Cette exigence militerait pour l'institution d'une procédure contradictoire dès la première phase de la reconnaissance ou de l'exécution sauf à faire un cas particulier des jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la Convention devait retenir une première phase unilatérale, le juge requis ne pourrait pas réduire le montant des dommages et intérêts durant la première phase, cette possibilité étant laissée au seul juge d'appel. Les avantages et inconvénients de chacune de ces deux formules n'ont pas été discutés.

Compétences interdites

65 Le point de départ de la discussion était constitué par la liste proposée par les co-Rapporteurs et reproduite à l'annexe VI du Document préliminaire No 8[53]. La discussion a d'abord porté sur l'exclusion de la compétence fondée sur « la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de l'État »[54]. La discussion a été grandement facilitée par un document très riche soumis par la délégation des États-Unis d'Amérique concernant la distinction entre la compétence fondée sur « *doing business* » et celle fondée sur « *transacting business* »[55]. La différence essentielle tient au fait que « *doing business* » est une compétence générale alors que « *transacting business* » est une compétence spécifique. La première est réservée aux défendeurs qui ont une activité régulière, importante et fréquente dans l'État fédéré concerné quelle que soit leur mode d'organisation ; qu'ils y possèdent ou non des biens ; y possèdent ou non un centre d'activité ; que leur principal établissement ou lieu d'incorporation soit situé à l'étranger ou non. En revanche, pour « *transacting business* », la compétence peut être fondée sur un contact unique avec l'État fédéré concerné à condition qu'il ait été dirigé vers cet État ou vers un consommateur ou un fournisseur situé dans cet État. Pour fixer cette dernière compétence, le demandeur n'est pas obligé de démontrer un niveau d'activité aussi élevé que ce qui est nécessaire pour la compétence fondée sur « *doing business* ». Par ailleurs, c'est une compétence spécifique en ce que l'action intentée à l'encontre du défendeur doit résulter directement de l'activité en cause dans l'État concerné.

66 Il ressort de la discussion de la Commission spéciale que seule la compétence générale fondée sur « *doing business* » pourrait être exclue par les dispositions de la Convention comme faisant partie de la liste des compétences interdites. En d'autres termes, ce qui est visé à la lettre *d)* du premier paragraphe de la proposition des co-Rapporteurs est bien la compétence fondée sur « *doing business* » et non la compétence fondée sur « *transacting business* ». Il en va d'ailleurs de même de toutes les autres compétences mentionnées au premier paragraphe de la proposition des co-Rapporteurs. Toutes ces compétences seraient interdites dans la mesure où ce sont des compétences générales. En revanche, certaines pourraient être autorisées si elles ne constituent que des compétences spécifiques. À cet égard, il a été précisé qu'aux États-Unis d'Amérique la très grande majorité des décisions sont fondées sur une compétence de « *transacting business* » et non pas de « *doing business* ». En d'autres termes, il semble se dégager de la discussion que si le chef de compétence « *doing business* » devait être interdit en vertu de la Convention, ceci pourrait ne pas constituer un obstacle pour la mise en œuvre de cette Convention aux États-Unis d'Amérique et dans d'autres pays qui possèdent des limites constitutionnelles équivalentes à celles des États-Unis. Bien entendu, aucune position n'a encore été arrêtée par aucune délégation et il est prématuré de dire si ce chef de compétence sera ou non interdit par la Convention. Ceci serait d'autant plus pertinent si la Convention comprend une compétence en matière contractuelle, une en matière délictuelle et une pour une activité conduite par une succursale ou un établissement. Ces trois chefs de compétence pourraient avantageusement remplacer un chef de compétence générale fondé sur « *doing business* ».

67 En ce qui concerne les autres éléments de la liste, la discussion a montré que la réflexion n'a pas véritablement progressée depuis juin 1997[56]. Si une telle liste est insérée dans la Convention, il conviendra de préciser si elle est exhaustive ou seulement exemplative. La discussion n'a pas progressé sur cet aspect du problème. Par ailleurs, selon le champ d'application géographique de la Convention, certains experts ont confirmé l'idée, reprise ci-dessus[57], selon laquelle, si la Convention s'applique dès lors que le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un État contractant et si la compétence de ce tribunal n'est pas fondée au titre de la Convention et qu'aucun autre tribunal d'un État contractant n'est compétent en vertu de la Convention, le tribunal saisi conservera la possibilité d'utiliser son droit national y compris les chefs de compétence qui seraient interdits par la Convention.

Compétences obligatoires

68 La véritable nouveauté des discussions qui ont eu lieu au cours de la Commission spéciale de mars 1998 a consisté à tenter de transcender la dichotomie habituelle des actions en matière contractuelle et des actions en matière délictuelle

[53] L'annexe VI du Doc. prél. No 8, « Proposition des co-Rapporteurs », n'est pas reproduite dans ce tome (*id.*).
[54] *Ibid.*, para. 1 *d)*.
[55] Étude signée par le professeur Paul R. Dubinsky, New York Law School, intitulée « The reach of doing business jurisdiction and transacting business jurisdiction over non-U.S. individuals and entities ».

[56] Un aspect, cependant, a été discuté plus que les autres : la compétence fondée sur la notification faite au défendeur lors de sa présence temporaire sur le territoire du tribunal d'origine (*tag jurisdiction*). Cette compétence, en effet, est utilisée, dans certains pays, pour poursuivre un défendeur, accusé d'une violation des droits de l'homme commise à l'étranger, alors que la compétence est fondée sur la théorie dite de « compétence universelle ». Cette théorie est née en droit international public. Elle permet de poursuivre certains crimes (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, par exemple) devant les tribunaux de n'importe quel État désireux d'organiser un tel procès, en se fondant sur l'idée que ces crimes ne doivent pas rester impunis, alors que le pays dans lequel ils ont eu lieu n'en poursuit pas les auteurs et qu'aucun tribunal international ne peut intervenir. Cf. sur cette question : ILA, *Taipei Conference* (1998), *Committee on Human Rights Law and Practice*, « The Exercice of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences » (*first Report by Menno T. Kammninga*). Aujourd'hui, cette compétence semble être utilisée pour tenter d'obtenir une condamnation civile alors même que la victime ne réside pas dans le pays dont les tribunaux exercent leur compétence. Il n'est pas certain que ces actions soient couvertes par la Convention. Si elles le sont, il conviendra d'étudier avec précision les conditions nécessaires à l'exercice d'une telle compétence.
[57] Cf. *supra* No 12.

64 With regard to **compensatory but excessive** damages, the discussion first addressed how "excessive damages" should be defined. The experts agreed that only obviously improper, or, as some experts termed them, "exaggeratedly excessive," damages would be covered by this provision. The discussion did not make clear exactly what was meant by that. Nevertheless, the standard of comparison is constituted by the damages which could have been awarded by the State addressed under similar circumstances. It might be considered – though this idea did not come up while the Special Commission was in session – that two of the circumstances to be taken into consideration would be the needs of the judgment creditor and the means of the judgment debtor. Thus, for example, in a case of bodily injury, one might imagine that a very large award of damages would not be reduced if the judgment debtor actually had the means to pay the amount, and the damages paid were going to provide the victim with a necessary means of survival in a situation where the country in which he resided did not necessarily have a system of public assistance that would come to his aid. Furthermore, many delegations remarked that any discussion before the court addressed concerning the amount of compensation to be paid should take place in the presence of both the debtor and the creditor of the foreign judgment, so that the decision of the court addressed would be rendered in adversarial proceedings. This requirement would argue for the institution of an adversarial proceeding starting from the very first phase of the recognition or enforcement action, unless a special case is made for judgments awarding excessive damages. Otherwise, that is, if the Convention provided for a unilateral first phase, the court addressed could not reduce the amount of damages during the first phase, that option being reserved for the appellate court. The advantages and disadvantages of each of these two alternatives were not discussed.

Prohibited grounds of jurisdiction

65 The starting point for the discussion was the list proposed by the co-Reporters which appears in Annex VI of Preliminary Document No 8.[53] The discussion first addressed the idea of barring jurisdiction based on "the carrying on of commercial or other activities by the defendant within the territory of the State".[54] The discussion was greatly facilitated by a very informative document submitted by the delegation of the United States of America concerning the difference between "doing business" jurisdiction and "transacting business" jurisdiction.[55] The essential difference relates to the fact that "doing business" is general jurisdiction, whereas "transacting business" is specific jurisdiction. The former is reserved for defendants who engage in regular, extensive, and frequent activity in the State in question, regardless of what form of organisation they have, whether or not they own property there or have a place of business, and regardless of whether or not their principal place of business or place of incorporation is situated abroad. For "transacting business", on the other hand, jurisdiction may be based on a single contact with the State in question, provided that such contact was directed toward that State or toward a consumer or supplier situated in that State. To invoke "transacting business" jurisdiction, the plaintiff need not show as high a level of activity as that required for "doing business" jurisdiction. Furthermore, this jurisdiction is specific in that the action instituted against the defendant must result directly from the activity in question in the State concerned.

66 The Special Commission discussion resulted in a finding that only general "doing business" jurisdiction could be excluded by the provisions of the Convention as part of the list of prohibited grounds for jurisdiction. In other words, what is referred to in letter *d)* of the first paragraph of the co-Reporters' proposal is actually "doing business" jurisdiction and not "transacting business" jurisdiction. The same goes for all the other grounds for jurisdiction mentioned in the first paragraph of the co-Reporters' proposal. All of these grounds for jurisdiction would be prohibited to the extent that they are grounds for general jurisdiction. On the other hand, some of them could be authorised if they constitute only specific jurisdictions. In this regard, it was explained that in the United States of America, the very great majority of decisions are based on "transacting business" jurisdiction and not "doing business" jurisdiction. In other words, one outcome of the discussion seems to be that if the "doing business" ground for jurisdiction has to be prohibited under the Convention, this might not constitute an obstacle to the implementation of this Convention in the United States or in other countries that have Constitutional restrictions like those of the United States. Of course, no position has yet been decided upon by any delegation, and it would be premature to say whether this ground for jurisdiction will or will not be prohibited under the Convention. This would be all the more relevant if the Convention includes one head of jurisdiction in matters relating to contract, another for matters relating to tort, and a third for activity conducted by a branch or establishment. These three heads of jurisdiction might well replace a general head of jurisdiction based on "doing business".

67 With regard to the other elements on the list, the discussion revealed that thinking has not really progressed since June 1997.[56] If such list is included in the Convention, it should be specified whether it is exhaustive or merely illustrative. There was no progress in the discussion of this aspect of the problem. Furthermore, in accordance with the geographical scope of the Convention, some experts confirmed the idea, stated earlier,[57] that if the Convention applies as long as the court seised is situated in the territory of a Contracting State, and if that court lacks jurisdiction under the terms of the Convention and no other court in a Contracting State has jurisdiction under the terms of the Convention, the court seised will still be able to invoke its domestic law, including the grounds for jurisdiction that would have been barred by the Convention.

Mandatory grounds of jurisdiction

68 The discussions held when the Special Commission met in March 1998 were truly novel in that they sought to transcend the customary dichotomy between actions in matters relating to a contract and actions in matters relating to tort

[53] Annex VI of Prel. Doc. No 8, "Proposals by the co-Reporters", has not been reproduced in this tome (*id.*).
[54] *Ibid.*, para. 1 *d)*.
[55] Study by Professor Paul R. Dubinsky, New York Law School, entitled "The reach of doing business jurisdiction and transacting business jurisdiction over non-U.S. individuals and entities".

[56] One aspect was, however, discussed more than the others: jurisdiction founded on notice given to the defendant during his or her temporary presence in the territory of the court of origin (tag jurisdiction). This jurisdiction is indeed used in certain countries to prosecute a defendant accused of a violation of human rights committed abroad, where the jurisdiction is based on the theory of "universal jurisdiction". This theory has its origins in public international law. It allows for certain crimes (for example, genocide, crimes against humanity, war crimes) to be dealt with by the courts of any State willing to arrange such proceedings, being based on the idea that these crimes should not remain unpunished, while the country in which they were committed does not prosecute the perpetrators and no international tribunal can become involved. *Cf.* on this question: ILA, Taipei Conference (1998), Committee on Human Rights Law and Practice, "The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences" (first Report by Menno T. Kammninga). Nowadays, this jurisdiction seems to be used to attempt to obtain civil damages even where the victim does not reside in the country in which the court exercises jurisdiction. It is not clear that such actions are covered by the Convention. If they are, it will be necessary to examine carefully the conditions necessary for the exercise of such a jurisdiction.
[57] *Cf. supra* No 12.

pour proposer une compétence fondée sur l'activité. Les tenants de cette proposition ont espéré ainsi pouvoir éviter les questions délicates de qualification créées par la distinction entre matière contractuelle et délictuelle. C'est pourquoi, dans les développements qui suivent, on présentera d'abord la compétence fondée sur l'activité, pour ensuite revenir de manière résiduelle à la compétence en matière contractuelle et à celle en matière délictuelle. Seront également étudiés dans les développements qui suivent l'élection de for; le déni de justice; la compétence en matière de société, avec la question particulière de la levée du voile de la personnalité morale; les contentieux complexes (pluralité de défendeurs, appel en garantie ou intervention, demande reconventionnelle) et la connexité.

69 **Compétence fondée sur l'activité** – L'idée de base consiste à dire que lorsqu'une personne ou une entité a mené une activité sur un territoire et que cette activité a entraîné la naissance d'un litige, la personne ou l'entité peut être attraite devant les tribunaux de ce territoire qui ont compétence pour juger de ce litige. Le concept ainsi résumé est relativement facile à comprendre. Il s'agit d'une compétence spécifique en ce qu'elle est limitée aux actions directement issues de l'activité en cause. Mais, si le concept est relativement aisé à comprendre, la rédaction d'une disposition conventionnelle le reflétant exactement est plus ardue. La première question qui se pose est de savoir si le défendeur doit avoir agi directement ou s'il peut être attrait dans le for alors qu'il a agi par le truchement d'un tiers. Dans ce dernier cas, le tiers doit-il faire partie du même groupe (société-mère, filiale ou sous-filiale) ou peut-il être un tiers complètement indépendant du défendeur (agent commercial indépendant, distributeur, etc.)? Afin de ne pas rendre trop complexe cette compétence, il serait peut-être préférable d'en limiter l'application aux cas dans lesquels le défendeur a agi directement ou par l'intermédiaire d'une entité ne possédant pas la personnalité morale telle une succursale, un établissement, un bureau de liaison ou un lieu d'activité économique comprenant des moyens humains et des biens ou des services. Si, en revanche, on devait admettre que le défendeur puisse être attrait dans l'État du for alors même qu'il a agi indirectement ou par l'intermédiaire d'un tiers, on pourrait se demander s'il ne faut pas envisager une telle compétence uniquement pour une action délictuelle (c'est le cas de l'action directe à l'encontre d'un producteur pour une action en responsabilité du fait des produits pour vice caché par exemple) ou bien, si le tiers fait partie du même groupe économique que le défendeur, il pourrait alors être fait référence à une théorie telle celle de la levée du voile de la personnalité morale ou celle du groupe de sociétés[58].

70 Une autre question se pose qui consiste à se demander quelle est la nature et la fréquence ou l'importance de l'activité qui permet d'attraire le défendeur sur le territoire du for[59]. En matière délictuelle, il est assez aisé de comprendre que la seule présence d'un produit ayant causé un dommage à une personne domiciliée sur le territoire du for pourrait être suffisante si le défendeur a effectivement vendu le produit incriminé directement ou par un intermédiaire sur le territoire du for. En revanche, en matière contractuelle, il est moins aisé de comprendre en quoi l'activité du défendeur peut consister si ce n'est en des actes d'exécution concrets rendus nécessaires par le contrat. En effet, il ne semble pas raisonnable de pouvoir attraire le défendeur en vertu d'un contrat si la seule activité engagée sur le territoire du for a consisté dans la négociation du contrat ou même éventuellement sa signature, alors que tous les actes concrets d'exécution du contrat ont lieu à l'étranger. La question de la valeur d'une activité de sollicitation de clientèle ou de prospection des marchés demeure entière[60].

71 On le voit, une compétence fondée sur l'activité, comme toute disposition fondée sur des notions essentiellement factuelles par opposition aux notions juridiques, est un peu plus difficile à rédiger, demeurant plus vague, laissant au juge ayant à l'appliquer une marge d'interprétation plus grande et dès lors une moins grande prévisibilité dans la connaissance par les justiciables du tribunal qui sera compétent pour statuer. Ceci ne veut pas dire, loin s'en faut, qu'une telle disposition ne doit pas être recherchée et affinée, bien au contraire. On doit d'ailleurs souligner ici le rapprochement intellectuel possible avec la résidence habituelle. Lorsque cette notion, purement factuelle, a commencé à remplacer l'ancienne notion de domicile, les mêmes inquiétudes se sont exprimées. Aujourd'hui, une adaptation similaire nous est demandée pour le chef de compétence fondé sur l'activité. Gageons que certaines juridictions pourraient rencontrer certaines difficultés pour mettre en œuvre une telle compétence. Mais l'enjeu est d'importance et il mérite une attention toute particulière. À cet égard il conviendra de préciser si une telle compétence doit réserver les clauses d'élection de for et, éventuellement, les hypothèses de comparution effective du défendeur qui ne soulève pas la question de la compétence du tribunal saisi. Une telle compétence devrait également éventuellement réserver les compétences de protection (consommateurs et travailleurs au moins)[61]. Enfin, elle devrait aussi être mise en œuvre en sus des compétences complexes si la Convention devait effectivement inclure de telles compétences.

72 **Compétence en matière contractuelle** – Pour le cas où l'on ne parviendrait pas à se mettre d'accord sur une compétence fondée sur l'activité ou si cette compétence était acquise mais n'était pas suffisante, il conviendrait de se préoccuper d'une autre compétence spécifique en matière contractuelle[62]. Les discussions montrent que l'on recherche un lien caractéristique ou le plus étroit entre le contrat, la relation contractuelle entre les parties et le tribunal à qui compétence serait conférée. Cette recherche amène à focaliser la compétence au lieu où sont effectuées les activités nécessaires et essentielles pour l'exécution du contrat. C'est ainsi que l'on ne retiendrait pas le lieu du paiement lorsque le paiement est la simple contrepartie d'une prestation de service ou d'un bien. En revanche, le lieu du paiement pourrait redevenir important lorsqu'il est effectué dans le cadre d'un contrat ayant pour objet un prêt ou une prestation financière. À partir de là plusieurs options demeurent ouvertes. Tout d'abord, il convient de savoir si le choix effectué par les parties au contrat d'un lieu d'exécution spécifiquement désigné par une clause contractuelle est suffisant pour donner compétence au tribunal de ce lieu. On sait à cet égard que la Cour de justice des Communautés européennes, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, a décidé qu'une telle clause ne pouvait pas conférer compétence sauf à ce qu'elle respecte les formes exigées pour les clauses attributives de juridiction[63]. Par ailleurs, il conviendra de décider si l'on privilégie un centre unique d'exécution du contrat en recherchant seulement l'exécution effective des *éléments essentiels* pour l'exécution du contrat ou si l'on admet un éclatement potentiel du contentieux en retenant un lieu d'exécution différent selon les obligations au litige. Enfin, pour les prestations de service, il est possible que

[58] Sur la question de la levée du voile de la personnalité morale et de la compétence en matière de société, cf. *infra* Nos 85 à 87.

[59] On peut aussi formuler le problème en commençant par le for du demandeur et se demander quel(s) est(sont) le(s) facteur(s) supplémentaire(s) nécessaire(s) pour que ce for soit acceptable.

[60] Cette question est particulièrement importante de nos jours compte tenu de l'essor considérable du commerce électronique et de l'interactivité croissante des sites Internet.

[61] Pour les contrats conclus par les consommateurs, il a été proposé une règle plus favorable qui permettrait à un consommateur d'agir au lieu de sa résidence habituelle si le contrat en cause a été conclu dans cet État. Ce chef de compétence n'a pas fait l'objet de discussion spécifique.

[62] Celle-ci doit bien entendu s'entendre de tous les contrats sauf les contrats de consommation et avec les travailleurs. En outre, cette compétence est résiduelle par rapport aux clauses d'élection de for. Il s'agit d'un for supplémentaire par rapport au for du défendeur.

[63] *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, aff. C-106/95, arrêt du 20 février 1997, *Rec.*, p. I-911.

and to propose a ground of jurisdiction based on "activities". The sponsors of this proposal thus sought to avoid the difficult questions of classification generated by the distinction between contracts and torts. That is why, in the following discussions, jurisdiction based on activities will be addressed first, followed in a residual way by jurisdiction in matters relating to contract and jurisdiction in matters relating to tort. The following discussions will also examine choice of court; forum of necessity (denial of justice); jurisdiction over corporations, with its special issue of the lifting of the corporate veil; complex litigation (plurality of defendants, action on a warranty or guarantee or in any other third party proceedings, counter-claims) and related actions.

69 **Jurisdiction based on activities** – The basic idea is that when a person or entity has engaged in activities in a given territory and this activity has given rise to litigation, the person or entity may be brought before courts in that territory with jurisdiction to decide the dispute. Thus summarised, the concept is relatively easy to understand. It is one of specific jurisdiction, since it is limited to actions directly resulting from the activity in question. But, whereas the concept is relatively easy to understand, the drafting of a provision in the Convention to reflect it exactly is more difficult. The first question to be asked is whether the defendant has to have acted directly or whether he can be made subject to the jurisdiction if he acted through a third party. In such event, must the third party be a member of the same group (parent company, subsidiary, or sub-subsidiary), or can the third party be completely independent of the defendant (independent business agent, distributor, etc.)? To avoid making this ground of jurisdiction too complex, it might be preferable to limit its application to cases in which the defendant acted directly or through an entity that is not a separate legal entity, such as a branch, establishment, liaison office, or site of business activity that includes human resources and goods or services. If, on the other hand, the defendant can be brought into the forum State even if he acted indirectly or through a third party, one might wonder if this ground of jurisdiction should not be considered only for a tort action (direct action against a producer for a product liability action owing to a hidden defect, for example). If the third party is a member of the same business group as the defendant, doctrines such as the lifting of the corporate veil or the company group doctrine could be invoked.[58]

70 Another question to be asked is: "What is the nature, frequency or magnitude of the activity that will allow a defendant to be brought into the territory of the forum?"[59] In matters relating to tort, it is quite easy to see that the presence of a product that caused harm to a person domiciled in the territory of the forum could alone be sufficient if the defendant actually sold the product in question directly or through an intermediary in the territory of the forum. On the other hand, in matters relating to contract, it is harder to see what the defendant's activity may consist of, other than specific acts of performance required by the contract. Indeed, it does not seem reasonable that one should be able to bring in a defendant by virtue of a contract if the only activity carried out in the territory of the forum was negotiating the contract or even perhaps signing it, while all the specific acts of contract performance took place abroad. The question of the weight to be attached to the soliciting of clients or analysis of the market remains open.[60]

71 Jurisdiction based on activities, like any provision based essentially on factual notions as opposed to legal notions is a bit more difficult to draft, because it is vaguer, giving the court that has to apply it more room for interpretation and thus offering the litigants less foreseeability as to what court will have jurisdiction. That does not mean – far from it – that such a provision should not be carefully studied and refined, quite the contrary. Moreover, it should be pointed out that there is a possible analogy here with the notion of "habitual residence". When this purely factual notion began to replace the former notion of "domicile", the same concerns were expressed. Today, a similar adjustment is required of us for jurisdiction based on activities. We can expect that some courts might encounter certain difficulties in implementing this ground of jurisdiction. But the stakes are significant, and they need to be carefully considered. In this regard, it should be specified whether such jurisdiction should continue to allow for choice of court clauses and, possibly, for cases involving personal appearance by the defendant who does not raise the issue of the jurisdiction of the court seised. Such jurisdiction should also possibly continue to allow for protective jurisdiction (at least for consumers and workers).[61] Finally, such jurisdiction would have to be implemented in addition to complex jurisdictions if the Convention is actually to cover such grounds of jurisdiction.

72 **Jurisdiction in matters relating to contract** – In the event that no agreement can be reached regarding jurisdiction based on activities or if this ground of jurisdiction was accepted but was not sufficient, then reference must be made to another ground of specific jurisdiction in matters relating to contract.[62] The discussions reveal that we should look for a characteristic link or the closest link between the contract, the contractual relationship between the parties, and the court on which jurisdiction will be conferred. This search leads to a focusing of jurisdiction in the place where the activities essential to performance of the contract take place. Thus, the place of payment would not be chosen when payment is made merely in exchange for goods or services. On the other hand, the place of payment could be important when payment is made in the framework of a contract the subject of which is a loan or financial benefit. Aside from the above, several options remain open. First, it should be determined whether, when a choice is made by parties to a contract to designate a place of performance specifically by means of a contractual clause, this is sufficient to confer jurisdiction on the court of that place. In this regard, we know that the Court of Justice of the European Communities, in the context of the Brussels Convention, decided that such a clause could not confer jurisdiction unless it fulfilled the requirements of a choice of court clause.[63] Moreover, it needs to be decided whether to favour a single forum for contract performance by looking only at the actual performance of the *elements essential* to the performance of the contract, or to allow for a potential outbreak of lawsuits by accepting a different place of performance depending on the obligation in dispute. Finally, for services, it is possible that the only relevant place of performance would

[58] On the question of lifting the corporate veil and of the jurisdiction in relation to companies, *cf. infra* Nos 85-87.

[59] One might also formulate the question by beginning with the forum of the plaintiff and asking what are the supplementary factors necessary for this forum to be acceptable.

[60] This is particularly important nowadays with the tremendous increase in electronic commerce and the growing interactivity of websites.

[61] For consumer contracts, a more favourable rule was proposed which would allow the consumer to proceed in the place of his or her habitual residence if the contract in question was concluded in that State. This head of jurisdiction was not specifically discussed.

[62] This should be clearly understood as meaning all contracts except consumer contracts and those made with workers. Moreover, this jurisdiction is residual in relation to choice of court clauses. It involves a forum that is supplementary to that of the defendant.

[63] *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) v. Les Gravières Rhénanes SARL*, Case C-106/95, decision of 20 February 1997, *ECR*, p. I-911.

le seul lieu d'exécution pertinent soit le lieu de la résidence habituelle ou du domicile du débiteur de cette prestation.

73 Les experts n'ont pas eu le temps de s'interroger en détail sur les questions particulières posées par les contrats conclus sous forme d'échanges de données informatisées. Quelques exemples permettront de vérifier si la compétence contractuelle initialement envisagée est susceptible de donner satisfaction dans le cadre du commerce électronique. Lorsqu'une vente de marchandise est conclue électroniquement, y compris son paiement, le seul élément physique existant sera le lieu où le bien vendu va se trouver une fois le contrat exécuté. Si l'action porte sur la non-conformité du produit, un vice caché, une quantité insuffisante, un emballage inadéquat, ou tout autre mécontentement de l'acheteur vis-à-vis de ce produit, il paraîtrait que la compétence la plus appropriée serait celle donnée au tribunal du lieu où se retrouvent physiquement les biens vendus. Un tel chef de compétence est difficile à mettre en œuvre si l'objet du litige a trait au transport (livraison tardive, transport interrompu et stockage dans un lieu autre que le lieu de livraison définitive). Lorsque le contrat porte sur une prestation de service et que celle-ci est effectuée en totalité en ligne, que le paiement est également effectué en ligne (porte-monnaie électronique par exemple), il n'existe pas vraiment de lieu spécifique d'exécution de la prestation de service sauf à considérer que celle-ci est effectuée au lieu de résidence habituelle ou de situation du débiteur de la prestation. Or, l'on sait que ce lieu est extrêmement difficile à déterminer, compte tenu de la liberté totale de transfert des sites virtuels dont les noms de domaines ne doivent pas forcément inclure une localisation nationale. Il en résulte que le domicile du défendeur sera peut-être une compétence irréaliste qui ne pourra jamais être mise en œuvre ou très difficilement. Dans ce cas, ne faudrait-il pas alors privilégier la compétence du domicile du demandeur?

74 **Compétence en matière délictuelle** – Il ne semble pas faire de doute qu'est compétent le tribunal du lieu où a été commis l'acte ou l'omission sur lequel la demande est fondée et qui se trouve être également le lieu où le dommage est subi. Tous les experts qui se sont exprimés semblent s'être accordés sur ce point. En revanche, est beaucoup plus problématique l'hypothèse dans laquelle l'acte ou l'omission a été commis sur le territoire d'un État alors que le dommage est subi sur le territoire d'un autre État. Plusieurs propositions vont dans le sens d'admettre que la victime puisse agir au tribunal du lieu où elle subit le dommage à condition qu'elle soit la victime directe du dommage, qu'il s'agisse du dommage initial et que le défendeur ait pu prévoir que l'acte qu'il a commis a pu avoir une conséquence dans un autre État que celui dans lequel l'acte a été commis. Évidemment, chacun des éléments additionnels nécessaires pour la constitution de la compétence alourdit les recherches initiales que le juge devra faire pour décider s'il est ou non compétent. Toutefois, ces conditions additionnelles semblent être nécessaires dans la mesure où il a été indiqué que la compétence donnée au tribunal du for du dommage qui ne possèderait aucun autre lien avec le défendeur pourrait être un for inconstitutionnel dans un certain nombre d'États.

75 Grâce à un Document de travail communiqué par la délégation américaine et préparé sous la plume du professeur Ronald A. Brand, une discussion très complète des exigences de *due process* aux États-Unis d'Amérique a pu être menée par la Commission spéciale[64]. Certains éléments de la discussion ont tenté d'opposer la position de la Cour suprême des États-Unis en matière de *due process* et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles et notamment la solution que la Cour a donnée dans l'affaire *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*[65]. Toutefois, on doit se souvenir que, depuis dix ans, chaque fois que la Cour de justice des Communautés européennes interprète les chefs de compétence spécifiques prévus à la Convention de Bruxelles, elle prend le soin de toujours répéter que ces compétences doivent être interprétées restrictivement puisqu'elles constituent des exceptions à la compétence de principe qui est la compétence du domicile du défendeur. Le lien entre le tribunal et le défendeur est donc considéré comme très important, également pour la Cour de justice des Communautés européennes, même si elle ne s'exprime pas de la même manière que la Cour suprême des États-Unis.

76 Un certain nombre d'experts ont convenu que toute règle de compétence spécifique accordant au demandeur la possibilité de poursuivre le défendeur devant un autre for que celui de la compétence générale devrait être définie de manière étroite avec l'objectif de maintenir un équilibre équitable entre les deux parties au procès. Dans cette perspective, il a été discuté de la possibilité de prévoir dans la Convention plusieurs règles de compétence pour des délits spécifiques comme la diffamation ou la responsabilité du fait des produits. Toutefois, il a également été noté le danger que représente une telle approche qui, en multipliant les qualifications au départ, accroît le contentieux potentiel uniquement pour définir la compétence du tribunal. C'est pourquoi il a été proposé de rechercher plutôt une règle générale pour tous les délits. Cette règle pourrait prendre comme point de départ le lieu où le dommage est subi et exiger un lien supplémentaire. Ce lien pourrait se trouver dans le lieu où est accompli l'acte ou l'omission qui a causé le dommage (sur le même territoire). Il pourrait aussi être révélé par le fait que l'auteur a dirigé son acte vers ce territoire. Cette dernière hypothèse nous rapproche de l'exigence de prévisibilité pour le défendeur, mais la preuve est plus factuelle et objective que subjective. Elle est donc plus aisée à rapporter. De plus, le critère de prévisibilité ne paraît pas entièrement satisfaisant au regard de l'intensité objective du lien de rattachement. La discussion a ensuite porté sur le fardeau de la preuve : celui-ci doit-il peser sur le demandeur ou sur le défendeur? Aucune orientation précise n'est apparue sur cette question.

77 **Élection de for** – Comme il a été dit ci-dessus[66], les experts se sont trouvés partagés sur le point de savoir si les règles de la Convention devaient s'appliquer seulement si la clause d'élection de for désigne un tribunal d'un État contractant ou si elles peuvent s'appliquer même pour le cas où les parties ont décidé de soumettre leur litige à un tribunal d'un État non contractant. S'agissant du respect de la volonté des parties, et de l'encadrement de l'autonomie de la volonté, il semble préférable de décider que les règles de la Convention s'appliqueront à toutes clauses d'élection de for même si celles-ci désignent le tribunal d'un État non contractant. Ceci étant dit, la Convention pourra prévoir que cette élection de for ne sera pas valable si elle a pour objet d'évincer une compétence exclusive prévue à la Convention. En ce sens, cette disposition viendrait limiter l'autonomie de la volonté aux seules règles de compétence conventionnelle qui peuvent être écartées par les parties[67]. De la même manière que pour les compétences exclusives, la Convention pourrait également prévoir une règle limitative de validité pour les clauses d'élection de for dans un certain nombre de relations juridiques, tels que les contrats conclus avec les consommateurs ou avec les travailleurs. Hormis ces hypothèses, on ne voit pas pourquoi on protégerait les parties à une clause d'élection de for au-delà de ce qu'elles ont voulu faire elles-mêmes. Si

[64] Ce document est intitulé : « Due Process as a Limitation on Jurisdiction in U.S. Courts and a Limitation on the United States at the Hague Conference on Private International Law », proposé par le professeur Ronald A. Brand, University of Pittsburgh School of Law, 60 *U. Pitt. L. Rev.* 661 (1999).

[65] Aff. No 21/76, arrêt du 30 novembre 1976, *Rec.*, p. 1735.

[66] Cf. *supra* No 14.

[67] Cf. l'art. 6(2) de la Convention For contractuel de 1965.

be the place of habitual residence or domicile of the party from whom the service is due.

73 The experts did not have time to examine in detail the specific issues raised by contracts concluded via the exchange of computer data. A few examples will make it possible to test whether contract jurisdiction, as initially contemplated, can meet the needs of electronic commerce. When a sale of goods, including payment therefor, is effected electronically, the only physical element existing will be the place where the merchandise sold is going to be situated once the contract is performed. If the subject matter of the legal action is non-conformity of the product, hidden defect, insufficient quantity, inadequate packing, or any other reason for dissatisfaction with the product on the part of the purchaser, it would seem that the most appropriate jurisdiction would be that of the court of the place where the goods sold are physically situated. This ground of jurisdiction is difficult to invoke if the subject of the lawsuit relates to transportation (late delivery, interrupted transport, or storage in a place other than the place of final delivery). When the subject of the contract is the delivery of a service rendered entirely online and payment is also made electronically (electronic wallet, for example), there is not really a specific place of performance for the service, other than to consider that it was effected at the habitual residence or location of the party from whom delivery of the service is due. Clearly, this place is extremely difficult to determine, however, in view of the total freedom of movement of virtual sites, the domain names of which do not necessarily include the designation of a country. As a result, the domicile of the defendant may be an unrealistic ground of jurisdiction which could never be invoked, or only with great difficulty. In such a case, would it not then be necessary to choose jurisdiction based on the domicile of the plaintiff?

74 **Jurisdiction in matters relating to tort** – There seems to be no doubt that jurisdiction lies with the court of the place where the act or omission on which the complaint is based was committed where this is also the place where the harm was suffered. All the experts who offered an opinion seemed to be in agreement on this point. On the other hand, there is a great deal more doubt in cases where the act or omission was committed in the territory of one State, while the harm was suffered in the territory of another. Several proposals would allow a victim to take action before the court of the place where he suffered the harm, provided that he is a direct victim of the harm, that it is the original harm, and that the defendant could foresee that the act he committed could have had consequences in a State other than that in which it was committed. Obviously, each of the additional elements necessary to define jurisdiction adds to the inquiries the court must make in order to determine whether it has jurisdiction or not. Nevertheless, these additional conditions seem to be necessary to the extent that it has been indicated that, if jurisdiction is conferred on the court of the forum where the harm occurred but that has no other link with the defendant, this could be deemed an unconstitutional forum in a number of States.

75 Thanks to a Working Document submitted by the delegation of the United States of America and prepared by Professor Ronald A. Brand, it was possible for the Special Commission to engage in a very thorough discussion of due process requirements in the United States.[64] Sometime during the discussion attempt was made to contrast the position of the United States Supreme Court on due process with the case law of the Court of Justice of the European Communities under the terms of Article 5 (3) of the Brussels Convention and, in particular, the Court's decision in the case *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*.[65] Nevertheless, it should be recalled that for ten years now, every time the Court of Justice of the European Communities has interpreted the special grounds for jurisdiction provided for in the Brussels Convention, it has been careful to repeat again and again that these grounds for jurisdiction must be narrowly interpreted as they constitute exceptions to the principal basis for jurisdiction, that of the domicile of the defendant. The link between the court and the defendant is thus also considered very important by the Court of Justice of the European Communities, even if it does not express itself in the same way as the United States Supreme Court.

76 A number of the experts agreed that any rule of specific jurisdiction giving the plaintiff the option of suing the defendant in a forum other than that of general jurisdiction should be narrowly defined in order to maintain a fair balance between the two parties to the proceeding. From this standpoint, the possibility of establishing in the Convention several jurisdictional rules for specific torts, such as defamation and product liability, was discussed. It was also noted, however, that there may be danger in such an approach which, by allowing for multiple characterisations from the start, increases the potential for litigation merely for the sake of establishing the jurisdiction of the court. For that reason, it was proposed that an effort be made to establish a general rule for all torts. This rule could take as its starting point the place were the harm was suffered and require one additional link. This link might be the place (in the same territory) where the act or omission that caused the harm occurred. This link could also be the fact that the tort feasor directed his act toward this territory. This last alternative would help to satisfy the requirement of foreseeability for the defendant, but the evidence is more factual and objective than subjective and is therefore easier to adduce. Moreover, the criterion of foreseeability does not seem to be entirely satisfactory in relation to the objective weight of the connecting factor. The discussion then addressed the burden of proof: should it rest with the plaintiff or the defendant? No precise position emerged regarding this question.

77 **Choice of court** – As stated above,[66] the experts were divided on the issue of whether the rules of the Convention should be applied only if the choice of court clause designates a court of a Contracting State or if they can be applied even in cases in which the parties have decided to submit their disputes to a court of a non-Contracting State. In terms of respecting the will of the parties and in the framework of allowing the parties autonomy in expressing their intent, it would seem preferable to decide that the rules of the Convention will apply to all choice of court clauses even if they designate a court of a non-Contracting State. That having been said, the Convention could provide that such a choice of court will not be valid if its purpose is to evade an exclusive jurisdiction provided for in the Convention. Thus, this provision would limit the parties' autonomy only to those jurisdictional rules of the Convention that can be ignored by the parties.[67] As in the case of exclusive jurisdiction, the Convention could also provide for a rule restricting the validity of choice of court clauses in a certain number of legal relationships, such as contracts concluded with consumers or with workers. Aside from these situations, there seems to be no reason to accord parties who have included a choice of court clause more protection than they have decided to accord themselves. If they have chosen a court situated in the

[64] This document is entitled: "Due Process as a Limitation on Jurisdiction in U.S. Courts and a Limitation on the United States at the Hague Conference on Private International Law", put forward by Professor Ronald A. Brand, University of Pittsburgh School of Law, 60 *U. Pitt. L. Rev.* 661 (1999).

[65] Case No 21/76, decision of 30 November 1976, *ECR*, p. 1735.

[66] *Cf. supra* No 14.

[67] *Cf.* Art. 6(2) of the 1965 Choice of Court Convention.

elles ont choisi un tribunal situé sur le territoire d'un État non contractant, elles ont pris le risque de sortir du champ d'application de la Convention et d'obtenir un jugement qui ne bénéficiera pas des règles conventionnelles de reconnaissance et d'exécution.

78 A également été discutée la question de l'exclusivité du choix effectué par les parties. Cette question recouvre au moins deux problèmes différents : (1) les parties ont-elles entendu conférer une compétence exclusive au tribunal désigné à l'exclusion de tout autre ? (2) les parties ont-elles entendu soumettre tous les litiges qui peuvent les opposer quelle que soit l'hypothèse concrète survenant en pratique et même si le litige qui les oppose survient à l'occasion d'une procédure commencée par un tiers (appel en garantie notamment) ?

Sur la première question, les experts se sont trouvés partagés entre les deux branches de l'alternative : soit on exige que les parties disposent expressément dans la clause que leur choix est exclusif ; soit on procède à l'opposé en présumant l'exclusivité, les parties devant alors exprimer leur volonté contraire dans la clause. Dans la deuxième branche de l'alternative, le silence de la clause entraîne automatiquement compétence exclusive du tribunal choisi.

Sur la seconde question, une alternative similaire à celle qui vient d'être exposée existe. Soit on présume que la clause d'élection de for couvre *tous les litiges* pouvant survenir entre les parties, soit directement entre elles, soit de manière indirecte, c'est-à-dire lorsque le procès est commencé par un tiers et que l'une des parties à la clause d'élection de for se voit attraite dans ce procès par son cocontractant. Pour que la clause n'ait pas cet effet d'application automatique à tous les litiges, y compris les litiges indirects, les parties devraient exprimer dans la clause leur volonté contraire. La deuxième branche de l'alternative permettrait de dire que seuls les litiges directs sont couverts par la clause d'élection de for. Si les parties veulent voir appliquer leur accord d'élection de for à des litiges indirects, elles devraient alors exprimer une telle volonté précisément dans la clause. Il serait préférable que la Convention prenne position sur cette question, compte tenu de son importance pratique. C'est en effet une hypothèse extrêmement fréquente notamment dans le cadre de la responsabilité du fait des produits où le distributeur assigné par un consommateur mécontent veut pouvoir attraire le producteur dans la procédure commencée par le consommateur. Or, souvent, le contrat entre le distributeur et le producteur contient une clause d'élection de for. La disposition conventionnelle pourra apparaître, soit dans le texte consacré à la validité des clauses d'élection de for, soit dans le texte consacré aux différents chefs de compétence complexe[68].

79 Parmi les litiges couverts par la clause d'élection de for, il conviendra également de décider si on doit y inclure les mesures provisoires ou conservatoires. Là encore, la disposition à cet égard pourrait apparaître, soit dans le texte consacré à l'élection de for, soit dans le texte spécifique qui sera rédigé pour les mesures provisoires et conservatoires. Il semble que, par rapport à l'intérêt de la pratique, il serait préférable d'exclure les mesures provisoires ou conservatoires du champ d'application de la clause d'élection de for[69]. En effet, limiter la possibilité de demander de telles mesures au seul juge élu par les parties peut affaiblir sensiblement l'impact et l'intérêt des mesures provisoires ou conservatoires.

80 A également été discutée la question de validité formelle de la clause d'élection de for. Par rapport aux discussions de juin 1997, il semble que les experts soient plus disposés à admettre une validité formelle plus large, notamment en ce qui concerne les nouveaux moyens de communication. C'est ainsi que l'existence de la clause pourrait être prouvée par tous moyens préservant un enregistrement complet du texte et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre les parties[70]. On rappelle ici également, s'il en était besoin, les précisions données par la loi-type CNUDCI sur le commerce électronique et son guide pour son incorporation, articles 6.1, 7 et 8[71].

81 En ce qui concerne les contrats de travail et de consommation[72], plusieurs experts ont proposé que plutôt que d'interdire toute clause d'élection de for conclue avant la survenance du litige, il soit proposé d'admettre la validité des clauses d'élection de for *ex ante* à condition qu'elles ouvrent une option de compétence aux consommateurs ou aux travailleurs, en plus des autres compétences ouvertes par la Convention.

82 A également été discuté le point de savoir si la Convention doit comprendre une disposition privant d'effet la clause d'élection de for si elle a été obtenue par des pressions excessives, un abus de position dominante ou autres manœuvres abusives[73]. Certains experts ont trouvé extrêmement difficile l'insertion d'une telle disposition qui entraînera immanquablement un débat relativement complexe au stade préliminaire de la compétence, ce qui est un des obstacles que la Convention cherche à éviter. Toutefois, certains ont dit qu'ils pouvaient éventuellement accepter une telle disposition. Un petit nombre, au contraire, a jugé utile de l'insérer dans la future Convention.

83 **Déni de justice** – La question du déni de justice qui avait été abordée dans le Document préliminaire No 7[74] n'a pas suscité un grand enthousiasme de la part des experts. Six réponses seulement ont été reçues, toutes d'États européens de tradition romano-germanique, y compris un État d'Europe de l'Est. De ces réponses, on peut retirer les enseignements suivants : (1) très peu de systèmes juridiques connaissent le for de nécessité fondé sur une volonté d'éviter un déni de justice ; (2) ceux qui connaissent ce for de nécessité l'ont appliqué très rarement ; (3) les États qui mettent en œuvre le for de nécessité exigent un lien entre le litige et le for de nécessité, c'est ce que fait expressément l'article 3 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 qui dispose : « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes. » Les explications données en séance par les experts qui n'ont pas répondu par écrit au questionnaire confirment cette orientation.

84 La discussion a montré que les experts seraient plutôt favorables à ne pas prévoir une telle disposition dans la future Convention, même si personne n'a véritablement proposé de l'exclure expressément. Sur ce dernier point, il est clair que la solution finalement adoptée dépendra de la nature de la Convention qui sera retenue. S'il s'agit d'une convention double stricte, et que la Convention est silencieuse, le for de nécessité ne pourra pas être utilisé dans le cadre de la

[68] Cf. *infra* Nos 88 et s.
[69] Cf. l'art. 6(4) de la Convention For contractuel de 1965.

[70] Cette formulation est adaptée de l'art. 7.2 de la Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes, qui se lit ainsi : « Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant / émetteur et le bénéficiaire. »
[71] Voir ces textes au No 15 du Doc. prél. No 8.
[72] Il est rappelé que dans l'acception qui semble se dessiner à partir des discussions de la Commission spéciale, le contrat de consommation pourrait être défini comme un contrat englobant également les prestations de services bancaires et d'assurances, à condition que le cocontractant de la banque ou de la compagnie d'assurance ait agi pour ses besoins personnels et familiaux ou en dehors de ses besoins professionnels.
[73] Cf. art. 4, al. 3, de la Convention For contractuel de 1965.
[74] No 68 avec un questionnaire reproduit à l'annexe III (qui n'est pas reproduite dans ce tome mais est accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

territory of a non-Contracting State, they have taken the risk of operating outside the scope of the Convention and obtaining a judgment that will not benefit from the Convention's rules on recognition and enforcement.

78 The issue of the exclusive nature of the choice made by the parties was also discussed. This issue brings up at least two distinct questions: (1) Did the parties intend to confer exclusive jurisdiction on the designated court to the exclusion of all others? (2) Did the parties intend to submit all disputes that may occur between them regardless of the specific situation that actually arises and even if the dispute between them occurs in the course of a proceeding instituted by a third party (*e.g.*, action on a warranty or guarantee)?

With regard to the first question, the experts were divided between two alternatives: either the parties are required to state specifically in the clause that their choice is exclusive; or exclusivity is presumed, the parties having then to express their will to the contrary in the clause. In the second alternative, if the clause is silent regarding exclusivity, that would automatically confer exclusive jurisdiction on the court chosen.

The second question also gives rise to two alternatives similar to those set forth above. The first alternative is that the choice of court clause is presumed to cover *all disputes* that may arise between the parties, either directly or indirectly (that is, when the proceeding is instituted by a third party and one of the parties to the choice of court clause is brought into this proceeding by the other party to the contract). In that case, in order for the clause not to be automatically applied to all disputes, including indirect disputes, the parties should express their will to the contrary in the clause. The second alternative would be to say that a choice of court clause covers only direct disputes. If the parties want their agreement on a forum to apply to indirect disputes, then they must expressly state their wish to that effect in the clause. It would be advisable for the Convention to take a position on this issue, in view of its importance from a practical standpoint. It is a situation that actually arises extremely frequently, especially in the field of product liability, where a distributor sued by a dissatisfied consumer wants to be able to bring the producer into the proceeding instituted by that consumer. The contract between the distributor and the producer will often contain a choice of court clause. The provision of the Convention on this matter could be placed either in the part of the text concerning the validity of choice of court clauses or in the part of the text concerning the various grounds for complex jurisdiction.[68]

79 It should also be decided whether or not to include provisional or protective measures in the disputes covered by the choice of court clause. Here, too, the provision of the Convention on this matter could be placed either in the part of the text concerning choice of court or in the specific part of the text to be drafted on provisional and protective measures. In the interests of practice, it would be preferable to exclude provisional or protective measures from the scope of the choice of court clause.[69] Indeed, limiting the opportunity to request such measures to the one court chosen by the parties may considerably lessen the impact and attraction of provisional and protective measures.

80 The question of the formal validity of the choice of court clause was also discussed. Compared with the discussions of June 1997, it would seem that the experts are more willing to accept a wider range of forms as valid, particularly with regard to the new means of communications. Thus, the existence of such a clause could be proven by any means preserving a complete record of the text and allowing for the authentication of its source by generally accepted methods or by a procedure agreed upon by the parties.[70] Here the clarifications given in the UNCITRAL model law on electronic commerce, and its guidelines for incorporation in Articles 6.1, 7 and 8, should also be taken into account as necessary.[71]

81 With regard to employment and consumer contracts,[72] several experts proposed that rather than prohibiting any forum selection clause agreed upon before the dispute arose, choice of court clauses should be accepted as valid *ex ante*, provided that they make possible one optional ground of jurisdiction for consumers and workers, in addition to the grounds provided for in the Convention.

82 The issue of whether the Convention should contain a provision invalidating a choice of court clause if it was obtained through coercion, undue influence, or other improper action was also discussed.[73] Some experts were very wary about including such a provision, which would inevitably lead to a relatively complex debate at the preliminary jurisdictional phase, which is one of the obstacles the Convention seeks to overcome. Nevertheless, some experts said that they might agree to such a provision. A few, on the other hand, expressed the view that it would be useful to include such a provision in the future Convention.

83 **Denial of justice** – The question of denial of justice, which was addressed in Preliminary Document No 7,[74] has not elicited much enthusiasm from the experts. Only six responses have been received, all from European States with Roman law traditions, including one Eastern European State. The following conclusions may be drawn from these responses: (1) very few legal systems have the forum of necessity based on a desire to avoid denial of justice; (2) States that have the forum of necessity have applied it infrequently; (3) States that apply it require that there be a connection between the matter under litigation and the forum of necessity. This is spelled out explicitly under Article 3 of the Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, which provides that: "When this Act does not provide for jurisdiction in Switzerland and proceedings in a foreign country are impossible, or cannot reasonably be required, the Swiss judicial or administrative authorities at the place with which the case has a sufficient connection have jurisdiction." Explanations provided during the session by experts who had not responded in writing to the questionnaire confirmed this trend.

84 The discussion revealed that the experts generally favour not including such a provision in the future Convention, although no one actually proposed that it be expressly omitted. On this latter point, it is clear that the solution finally adopted will depend on the nature of the Convention that will be decided upon. If it is a strict double convention, and it is silent on this issue, the forum of necessity may not be used within the framework of the Convention. One might wonder,

[68] *Cf. infra* Nos 88 *et seq.*
[69] *Cf.* Art. 6(4) of the 1965 Choice of Court Convention.
[70] This formulation is adapted from Art. 7.2 of the UNCITRAL Convention on independent guarantees, which reads as follows: "An undertaking may be issued in any form which preserves a complete record of the text of the undertaking and provides authentication of its source by generally accepted means or by a procedure agreed upon by the guarantor / issuer and the beneficiary."
[71] See these texts at No 15 of Prel. Doc. No 8.
[72] It is recalled that, according to the meaning which seems to take shape from discussion in the Special Commission, a consumer contract may be defined as a contract which also encompasses the provision of banking and insurance services, provided that the party contracting with the bank or insurance company has acted in relation to personal or family needs, or apart from professional requirements.
[73] *Cf.* Art. 4, 3rd para., of the 1965 Choice of Court Convention.
[74] No 68 with a questionnaire reproduced at Annex III (which has not been reproduced in this tome but is available at <www.hcch.net>).

Convention. On peut se demander, dans ce cas, s'il ne faut pas l'introduire dans la Convention comme un for obligatoire. En revanche, si la Convention est finalement une convention mixte, le déni de justice pourrait faire partie des compétences autorisées.

85 **For de la succursale et levée du voile de la personne morale** – Ces questions ont déjà fait l'objet de développements dans les précédents rapports[75]. Le questionnaire, malencontreusement intitulé « Société fictive », aurait dû, en réalité, être placé sous l'intitulé « Levée du voile de la personnalité morale ». Là encore, comme pour le déni de justice, très peu de réponses ont été reçues. Celles qui nous sont parvenues montrent que les cas dans lesquels les tribunaux acceptent de passer outre la personnalité morale d'une société sont très limités. Une telle hypothèse existe lorsqu'il y a eu fraude au droit d'un créancier, ou bien s'il y a confusion de patrimoine ou d'identité entre deux sociétés ou, parfois, contrôle complet d'une société (souvent une filiale) par une autre (souvent la société-mère). Les cas dans lesquels on admet la levée du voile de la personnalité morale lorsqu'il y a confusion entre la société-mère et la filiale constituent une application de la théorie de l'apparence. Le tiers qui demande à bénéficier de la levée du voile de la personnalité morale doit démontrer qu'il était fondé à croire que la société-mère s'engageait alors qu'il la contractait avec la filiale (ou vice-versa).

86 La discussion a montré que le problème est de toute manière plus large, dans certains pays, que la simple relation société-mère à filiale. En effet, certains systèmes judiciaires permettent d'attraire une société étrangère devant les tribunaux du for alors même que cette société étrangère a mené une activité par l'intermédiaire d'une société indépendante[76].

87 Indépendamment de l'hypothèse de la responsabilité du fait des produits pour laquelle les solutions connues par les divers systèmes juridiques, bien qu'exprimées de manière différente, sont extrêmement proches, on peut se demander s'il y a place dans la future Convention pour une règle qui permettrait de passer outre la personnalité morale d'une société pour atteindre une autre société. Bien entendu, cette question doit être différenciée de celle qui permet d'assigner au for de la succursale, de l'établissement ou de toute autre centre d'activités n'ayant pas une personnalité juridique distincte[77].

88 **Compétences complexes** – Il existe essentiellement trois types de compétences complexes : la pluralité de défendeurs, la demande reconventionnelle et l'appel en garantie ou intervention. Pour chacune de ces compétences complexes, des abus ou fraudes peuvent éventuellement exister qui devront faire l'objet d'une discussion particulière. Par ailleurs, comme il a été dit au cours des développements consacrés à l'élection de for[78], il conviendra de s'interroger sur l'influence d'une clause de l'élection de for sur ces compétences complexes.

89 Sur la question de la **pluralité de défendeurs**, la règle traditionnelle et la plus communément admise en Europe consiste à limiter la possibilité d'attraire plusieurs défendeurs devant le même tribunal, à la condition que ce tribunal soit celui du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des défendeurs, c'est-à-dire un tribunal qui possède déjà une compétence générale. On doit, cependant, signaler au moins une disposition qui permet d'attraire plusieurs défendeurs devant un tribunal qui possède une compétence spécifique. Il s'agit d'une règle insérée à l'article 129.3 de la Loi fédérale suisse de droit international privé, qui dispose : « Si plusieurs défendeurs peuvent être recherchés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent ; le juge saisi en premier lieu a la compétence exclusive. »[79] Pour éviter les abus, et empêcher qu'un défendeur soit attrait dans une procédure uniquement pour permettre au demandeur de bénéficier d'un for qui autrement ne lui aurait pas été ouvert, il est fréquent d'exiger que les demandes dirigées à l'encontre des divers défendeurs soient liées par un lien de connexité[80]. Dans certains systèmes juridiques, s'il n'est pas obligatoire que tous les critères de la connexité soient réunis, on exige au moins que le demandeur exerce une action directe et personnelle contre chacun des défendeurs et que la question à juger soit la même pour tous ou, si elle n'est pas identique, qu'il y ait au moins une grande similitude entre les différentes demandes.

90 Une délégation au moins a indiqué qu'une telle compétence complexe serait contraire aux dispositions constitutionnelles de son pays et qu'une convention contenant une telle compétence ne serait donc pas acceptable. Plusieurs experts ont cependant souhaité qu'un effort de rédaction soit fait pour parvenir à une solution satisfaisante par rapport à ces exigences constitutionnelles. En effet, il a été indiqué que cette compétence est extrêmement utile dans le contentieux international ; elle évite les procédures multiples ; elle permet également d'éviter des jugements inconciliables. Au pire, si une telle rédaction satisfaisante pour tous les systèmes juridiques ne pouvait être trouvée, et si la Convention finalement adoptée était une convention mixte, la compétence fondée sur la pluralité de défendeurs pourrait éventuellement se trouver dans la liste des compétences autorisées mais non obligatoires.

91 Pour ce qui est des **demandes reconventionnelles**, la discussion n'a pas montré d'opposition à admettre la compétence du juge saisi d'une demande principale pour connaître également des demandes reconventionnelles présentées par le défendeur. Certains experts ont néanmoins souhaité que la demande reconventionnelle ait un lien avec la demande principale. Pour d'autres, la demande reconventionnelle doit être définie largement. En matière contractuelle, par exemple, elle ne doit pas forcément être liée au même contrat.

92 Quant à l'**appel en garantie ou en intervention**, certains systèmes juridiques ignorent ce mécanisme procédural. Parmi ceux-ci, certains pays européens ont d'ailleurs obtenu une exception à la Convention de Bruxelles et à la Convention de Lugano qui prévoient un tel for. Pour ces pays, en effet, l'appel en garantie n'est pas permis ; seule la dénonciation de la procédure (*litis denuntiatio*) est possible. Une telle dénonciation est également possible dans les systèmes de *common law* sous le nom de « *Interpleader* »[81] dont le mécanisme procédural est proche de la *litis denuntiatio*.

93 **Connexité** – Pour les systèmes qui connaissent la règle de la connexité, il ne s'agit pas d'une règle de compétence directe mais d'une exception qui permet de joindre, devant

[75] Doc. prél. No 7, Nos 87 et 88, 123 et annexe IV (*id.*) ; Doc. prél. No 8, Nos 10 à 12 et 28 à 34.
[76] L'exemple donné relève de la responsabilité du fait des produits. Une société étrangère, ayant manufacturé les produits qui ont causé un dommage, peut être attraite devant un tribunal du lieu où le produit a causé le dommage même si elle a commercialisé ses produits par l'intermédiaire d'un distributeur indépendant. Une telle action est qualifiée d'action directe dans les pays de tradition romano-germanique. Elle est rendue possible à l'encontre du producteur étranger car la compétence est souvent fondée sur le lieu où le dommage est subi (art. 46, 3e al., du Nouveau Code de procédure civile français ou art. 129.2 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987). Le droit anglais connaît une solution similaire (cf. *Distillers Co. c. Thompson* [1971] A.C. 458, décision du *Privy Council* sur un renvoi de l'Australie).
[77] Cf. la discussion sur ce point qui a été menée *supra* No 69.
[78] Cf. *supra* Nos 77 et s.
[79] Il est à noter, cependant, que ce texte est plus de portée locale qu'internationale puisqu'il doit exister un for en Suisse pour chacun des défendeurs.
[80] C'est notamment ce qu'a décidé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Kalfelis*, No 189/87, arrêt du 27 septembre 1988, *Rec.*, p. 5565, rendu en vertu de l'art. 6 (1) de la Convention de Bruxelles.
[81] Il s'agit d'une procédure par laquelle est déterminé qui parmi plusieurs requérants a le droit de recevoir un bien ou une somme d'argent détenu(e) par un tiers qui ne possède aucun titre à son égard. Le tiers peut appeler en intervention tous les requérants de manière à ce que leurs droits respectifs soient adjugés, afin qu'il ne soit pas exposé à payer deux fois.

in that case, whether it should not be included in the Convention as a mandatory forum. If, on the other hand, the Convention finally adopted is a mixed convention, denial of justice could be included among the authorised grounds of jurisdiction.

85 **Forum of the branch and lifting the corporate veil** – These issues have already been addressed at some length in previous reports.[75] The questionnaire, inappropriately entitled "Fictitious Company", should have been entitled "Lifting the Corporate Veil". Here again, as for "Denial of Justice," very few responses were received. Those we did receive indicate that there are very few cases in which courts agree to disregard the legal personality of a company. Such a situation might be possible if a creditor has been defrauded of his rights, or if the assets or identity of two companies are confused, or if one company (often a subsidiary) is completely controlled by another (often the parent company). Cases in which the corporate veil is lifted because there is confusion between a parent company and a subsidiary are an application of the "*théorie de l'apparence*" (a theory according to which reliance may be placed on an apparent power to act in the person or entity sought to be held liable). A third party requesting that the corporate veil be lifted must demonstrate that, whereas his contract was with the subsidiary, he had grounds to believe that the parent company was making the commitment (or vice versa).

86 The discussion revealed that in some countries, in any event, the problem encompasses more than just the relationship between a parent company and a subsidiary. In fact, some judicial systems allow a foreign company to be brought before the courts of the forum even though the foreign company concerned has done business using an independent company as an intermediary.[76]

87 Independently of product liability cases, for which the solutions found under the various legal systems are similar, although expressed differently, one might question whether there is room in the future Convention for a rule that would make it possible to disregard the legal personality of one company to reach another company. Naturally this question must be differentiated from the rule making it possible to sue in the forum of the branch, the establishment, or any other centre of activity which does not enjoy a separate legal personality.[77]

88 **Complex grounds of jurisdiction** – There are three basic instances of complex jurisdiction: plurality of defendants, counter-claims, and guarantee / warranty or other third party proceedings. For each of these complex jurisdictions, fraud or abuse is possible and will have to be discussed separately. Furthermore, as mentioned during the discussion of the choice of court,[78] the impact of a choice of court clause on these complex jurisdictions should be considered.

89 With regard to the question of **plurality of defendants**, the traditional and most commonly accepted rule in Europe consists of limiting the possibility of bringing more than one defendant before the same court by setting the condition that it must be the court of the domicile or habitual residence of one of the defendants, *i.e.*, a court already possessing general jurisdiction. There is, however, at least one provision that allows more than one defendant to be brought before a court possessing specific jurisdiction. This rule is to be found in Article 129.3 of the Swiss Federal Act on Private International Law, which provides that: "If several defendants may be sued in Switzerland and if the claims are essentially based on the same facts and the same legal grounds, proceedings may be instituted against all the defendants before the same court having jurisdiction; the court before which the case was first instituted has exclusive jurisdiction."[79] To avoid abuse, and prevent a defendant from being named in proceedings solely to allow the plaintiff the benefit of a forum that would otherwise be closed to him, it is frequently required that claims directed against various defendants be related.[80] Under some legal systems, while it is not required that all conditions for related actions be met, the minimum requirement is that the plaintiff bring a direct and personal action against each of the defendants and that the matter to be decided be the same for all defendants, or if not identical, that there be at least great similarity among the various claims.

90 At least one delegation indicated that complex jurisdiction of this type would be unconstitutional in its country and that a convention providing for such jurisdiction would therefore not be acceptable. A number of experts nonetheless wanted an effort to be made to draft a text that would satisfactorily resolve these constitutional requirements. Indeed, it was pointed out that this kind of jurisdiction is extremely useful in international litigation, since it avoids multiple proceedings, thereby avoiding irreconcilable judgments. In the worst case, if such a text could not be drafted to satisfy all legal systems, and if the Convention finally adopted were a mixed convention, jurisdiction based on plurality of defendants could perhaps be placed on the list of authorised, but not mandatory grounds of jurisdiction.

91 With regard to **counter-claims,** there was no opposition to allowing a court before which a principal claim is brought also to exercise jurisdiction over counter-claims brought by the defendant. Some experts nonetheless wanted the counter-claims to have a connection with the principal claim. Others felt that counter-claims should be broadly defined. In matters relating to contract, for example, a counter-claim need not necessarily be based on the same contract.

92 With regard to **guarantee / warranty or other third party proceedings,** some legal systems do not admit this procedural mechanism. Moreover, some European countries in this category have obtained an exception to the Brussels and Lugano Conventions, which provide for such a forum. For those countries, guarantee / warranty proceedings are in fact not allowed; *litis denuntiatio* is the only possibility. Such a procedure is also possible under common law systems, where it is known as "interpleader",[81] which is similar in its procedural mechanism to *litis denuntiatio*.

93 **Related actions** – In systems that have the related actions rule, it is not a rule of direct jurisdiction but rather an exception that allows the joinder, before the same court, of

[75] Prel. Doc. No 7, Nos 87 and 88, 123 and Annex IV (*id.*); Prel. Doc. No 8, Nos 10-12 and 28-34.
[76] The example given relates to product liability. A foreign company, having manufactured products which have caused damage, may be sued in a court of the place where the product caused the damage even if it placed its products on the market through an independent distributor. Such an action is characterised as a "direct action" in countries with the Roman law tradition. It is made possible as against the foreign producer because the jurisdiction is often founded on the place where the damage is sustained (Art. 46, 3rd para., of the French New Code of Civil Procedure or Art. 129.2 of the Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987). English law has a similar approach (*cf. Distillers Co. v. Thompson* [1971] A.C. 458, Privy Council decision on a reference from Australia).
[77] *Cf.* the discussion which has taken place on this point *supra* No 69.
[78] *Cf. supra* Nos 77 *et seq.*
[79] It is to be noted, however, that this text is more of local than of international concern since there must exist a forum in Switzerland for each of the defendants.
[80] It is this, in particular, which was decided by the Court of Justice of the European Communities in the *Kalfelis* case No 189/87, decision of 27 September 1988, *ECR*, p. 5565, given under Art. 6 (1) of the Brussels Convention.
[81] This involves a procedure by which a determination is made as to who, among several claimants, has the right to receive an asset or a sum of money held by a third party who has no title to it. The third party may bring all of the claimants into the proceedings so that their respective rights may be determined, in order that the third party should not have to pay twice.

Report – Special Commission March 1998

un même juge, des demandes initialement formées devant des juridictions d'États différents. Cette règle est souvent limitée aux demandes pendantes au premier degré[82]. Les règles exigent généralement que ce soit la juridiction saisie en second lieu qui se dessaisissent au profit de la première saisie. Mais, parfois, la juridiction saisie en second lieu peut simplement surseoir à statuer.

La notion de connexité est définie généralement de la manière suivante : il s'agit de demandes ou de litiges liés par un rapport si étroit qu'il en va de l'intérêt d'une bonne justice de les instruire et juger en même temps, l'objectif étant d'éviter que si elles étaient jugées séparément, des décisions inconciliables puissent être rendues.

Lorsque l'un des différends est porté devant une juridiction qui a compétence exclusive alors que l'autre est porté devant une juridiction dont la compétence n'est pas exclusive, la connexité entraîne généralement une exception à la règle du tribunal premier saisi pour faire prévaloir le tribunal dont la compétence est exclusive. En revanche, si les deux tribunaux ont des compétences exclusives, la connexité ne jouera pas et chaque tribunal conservera la plénitude de sa compétence, chaque affaire étant jugée séparément.

94 Indépendamment du point de savoir si la Convention contiendra une exception de connexité, il convient d'étudier la possibilité de transformer l'exception de connexité en règle de compétence directe. La question s'est posée notamment dans le cadre des révisions des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Toutefois, lorsque l'on a essayé de rédiger une clause de compétence directe fondée sur la connexité, les difficultés de rédaction ont été telles que le Groupe de travail a, pour l'instant, renoncé à proposer une telle clause.

Clauses d'exception en matière de compétence directe

95 Comme nous avons choisi de traiter de la question de la connexité comme le dernier élément discuté par la Commission spéciale dans les compétences obligatoires, nous ne reviendrons pas sur cette question dans les développements qui suivent, bien que, comme nous l'avons dit ci-dessus, pour le moment, la connexité est une exception plutôt qu'une règle de compétence directe. En tant que telle, elle devrait donc naturellement trouver sa place dans le présent chapitre. Les deux clauses qui ont été longuement discutées au cours de la Commission spéciale et qui feront l'objet de développements ci-dessous concernent d'une part la litispendance et d'autre part le *forum non conveniens* ou le pouvoir du juge de refuser d'exercer la compétence qui lui est attribuée en vertu des règles conventionnelles.

96 **Litispendance** – Il existe en réalité trois options principales pour régler les cas de litispendance qui pourraient se faire jour dans le cadre de la future Convention[83]. Ces trois options sont les suivantes : (1) ne pas avoir de règle spécifique de litispendance et s'en tenir à une clause de *forum non conveniens* si celle-ci était insérée dans la Convention ; (2) privilégier une règle donnant systématiquement priorité au tribunal premier saisi ainsi qu'il est fait à l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ; (3) avoir une approche plus flexible et privilégier une règle fondée sur un autre critère que le critère temporel[84].

97 Sur la première approche, il est difficile à ce stade de s'en remettre à une clause de *forum non conveniens*. En effet, il n'est pas du tout certain au stade actuel des discussions que la Convention contienne une telle clause de *forum non conveniens*. De surcroît, si même la Convention devait prévoir une telle clause, son exact champ d'application et son régime ne sont, pour le moment, pas du tout clairs[85].

98 À l'encontre de la deuxième option, on peut souligner les difficultés tenant à la notion de « saisine » d'un tribunal, les systèmes étant sensiblement différents les uns des autres. Certains systèmes considèrent que la saisine du tribunal a lieu dès lors que le dossier est remis au greffe alors même que le défendeur n'est pas encore cité. Pour d'autres juridictions, la saisine ne peut avoir lieu que si le défendeur a été cité, ce qui retarde d'autant la saisine du tribunal. Il a même été fait remarquer que puisque la future Convention aura une vocation mondiale, avec les décalages horaires, la saisine de chacun des tribunaux peut simplement résulter du décalage horaire, ce qui aurait pour conséquence de laisser la solution de la litispendance au pur hasard.

99 À l'encontre de la troisième option, il a été indiqué à plusieurs reprises qu'une règle flexible entraînerait des délais supplémentaires pour la mise en place de la procédure ainsi que des coûts supplémentaires. Une des critiques souvent entendue à l'encontre d'une solution flexible qui permettrait aux juges saisis en même temps de dialoguer pour savoir quel est le mieux placé pour statuer sur le litige, consiste à dire que ce dialogue ne pourrait en aucune manière être valable s'il devait se faire « par-dessus la tête des parties ». Il est clair, en effet, que toute solution flexible qui passerait par un éventuel dialogue entre juges devrait respecter scrupuleusement le principe du contradictoire, les parties étant appelées à formuler leurs observations. On peut d'ailleurs parfaitement imaginer que les techniques actuelles de dialogue par ordinateur (plusieurs personnes peuvent être en ligne en même temps et consulter en temps réel les mêmes documents et dialoguer ensemble) pourraient servir à établir une communication entre les juges concernés en présence de toutes les parties au procès.

100 Une proposition alliant à la fois la règle *prior tempore* et une règle plus flexible a été tentée qui peut se résumer ainsi :

(a) Le tribunal saisi en second sursoit à statuer à condition que le tribunal saisi en premier lieu soit en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable et que cette décision soit susceptible de reconnaissance ou d'exécution sur le territoire du tribunal saisi en second lieu.

(b) La saisine du tribunal serait définie, aux fins de la Convention, comme ayant lieu après que le défendeur a été cité et que le litige a été soumis au tribunal.

(c) Si le tribunal saisi en premier considère que celui saisi en second est manifestement plus approprié pour résoudre le litige, il peut, après s'être assuré que le tribunal saisi en second accepte d'exercer sa compétence, surseoir à statuer et renvoyer les parties devant ce tribunal.

On pourrait imaginer que la règle *prior tempore* soit abolie de toute manière et que l'on ne maintienne que la règle flexible exposée en (c) ci-dessus et qui serait mise en œuvre par le tribunal premier saisi. Dans cette hypothèse, le tribunal saisi en second serait lié par la décision prise par le tribunal premier saisi. Si ce dernier accepte sa compétence, le tribunal saisi en second devrait surseoir ; si, en revanche, il refuse sa compétence, le tribunal second saisi devrait l'exercer. En tout état de cause, dans ce mécanisme, la notion de saisine du tribunal doit être définie.

[82] C'est le cas de l'art. 22 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et de l'art. 101 du Nouveau Code de procédure civile français.

[83] Il est précisé ici, comme nous l'avons dit ci-dessus No 13, que les cas de litispendance dans la Convention dont on doit d'abord se préoccuper sont ceux survenant entre des tribunaux de deux États contractants. Il reste à voir si la Convention doit se prononcer pour les cas de litispendance entre un tribunal d'un État contractant et un tribunal d'un État non contractant.

[84] Il existe une quatrième option qui consisterait à n'avoir ni règle de litispendance ni disposition de *forum non conveniens* et s'en remettre à des solutions *a posteriori* fondées sur *res judicata* et l'inconciliabilité de décisions. Cette option paraît difficilement viable mais elle devait néanmoins être mentionnée.

[85] Cf. la discussion *infra* Nos 101 et s.

actions initially brought before courts in different States. This rule is often limited to actions pending at the first level.[82] These rules generally require that the second court to be seised decline jurisdiction in favour of the first court seised. Sometimes, however, the second court may simply defer judgment.

The notion of related actions is generally defined as follows: actions or lawsuits that are so closely related that it is in the interests of the proper administration of justice that they be examined and judged at the same time, the point being to avoid the possibility of irreconcilable decisions if they were judged separately.

When one of the disputes is brought before a court which has exclusive jurisdiction, while the other is brought before a court with jurisdiction that is not exclusive, this generally gives rise to an exception to the "first – in-time" rule, and the court with exclusive jurisdiction prevails. On the other hand, if both courts have exclusive jurisdiction, the notion of related action does not apply, each court will retain its full jurisdiction, and each case will be judged separately.

94 Regardless of whether the Convention provides for an exception based on related actions, the possibility of converting the related actions exception into a rule of direct jurisdiction should be examined. The question arises notably in regard to revision of the Brussels and Lugano Conventions. When the attempt was made, however, to draft a direct jurisdiction clause based on related actions, the drafting problems were such that the Working Group decided not to propose such a clause for the time being.

Exceptions to direct jurisdiction

95 Since we decided to address the question of related actions as the last item discussed by the Special Commission under mandatory grounds of jurisdiction, we will not return to the matter in the discussion which follows, although, as indicated earlier, for the moment related actions constitute an exception rather than a rule of direct jurisdiction. As such they should naturally be addressed in this Chapter. The two clauses that were discussed at length by the Special Commission and that will be developed below concern *lis pendens* and *forum non conveniens*, or the power of the court to decline jurisdiction conferred upon it by a convention.

96 ***Lis pendens*** – There are in reality three main options for settling cases of *lis pendens* that might arise under the future Convention.[83] These three options are as follows: (1) have no specific *lis pendens* rule, and stick to a *forum non conveniens* clause, should such a clause be included in the Convention; (2) give preference to a rule that systematically gives priority to the court first seised, as in Article 21 of the Brussels and Lugano Conventions; (3) have a more flexible approach, giving preference to a rule based on a criterion other than that of time.[84]

97 With regard to the first approach, it is difficult at this stage to rely on a *forum non conveniens* clause. Indeed, it is not at all certain at the present stage of discussions that the Convention will contain a *forum non conveniens* clause. Furthermore, even if the Convention were to contain such a clause, its precise scope and mode of operation are not, for the moment, at all clear.[85]

98 Against the second option, the difficulties involved in the notion of "seising" a court may be emphasised, since there are notable differences among systems. Some systems consider that a court is seised when the case file is delivered to the office of the Clerk of the Court, even if the defendant has not yet been summoned to appear. Other systems consider that a court is seised only if the defendant has been summoned, with a resulting delay in seising the court. It was even pointed out that since the future Convention will be worldwide in scope, with time zones to be considered, the moment at which each court is seised could depend simply on the time zone, with the result that the *lis pendens* solution would be a matter of pure chance.

99 The drawbacks of the third option include the fact, which was raised on several occasions, that a flexible rule would cause additional delays in the institution of proceedings, as well as additional costs. One of the most frequently heard criticisms of a flexible solution that would allow courts seised simultaneously to consult in order to determine which one is in the best position to rule on the litigation, was that such a consultation could not be valid at all if it were to take place "behind the back of the parties". It is, in fact, clear that any flexible solution involving possible consultation among judges should comply strictly with the adversarial principle, with the parties being given the opportunity to submit observations. Furthermore, it is easy to imagine that current communication techniques through computers (several people can be on line at the same time and consult the same documents in real time and talk to each other) would make it possible to establish communication among the judges concerned in the presence of all the parties to the proceeding.

100 A proposal combining the *prior tempore* rule with a more flexible rule was attempted and may be summed up as follows:

(a) The second court seised defers judgment provided that the first court seised is able to hand down a decision within a reasonable time and that this decision is capable of being recognised or enforced in the territory of the court seised second.

(b) For purposes of the Convention, seising a court would be defined as taking place after the defendant has been summoned to appear and the litigation submitted to the court.

(c) If the court first seised considers that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, it may, after ensuring that the second court agrees to exercise its jurisdiction, defer judgment and refer the parties to the second court.

It is possible that the *prior tempore* rule will be abolished in any event and that only the flexible rule set forth in (c) above will be retained and applied by the court first seised. In this hypothesis, the court second seised would be bound by the decision made by the court first seised. If the first court accepts jurisdiction, the second court should defer; if, on the other hand, the first court declines jurisdiction, the second should exercise it. In any event, the notion of seising a court must be defined in this mechanism.

[82] This is the case with Art. 22 of the Brussels and Lugano Conventions and Art. 101 of the French New Code of Civil Procedure.

[83] It is specified here, as was stated above at No 13, that the cases of *lis pendens* in the Convention which must first be dealt with are those which arise between the courts of two Contracting States. It remains to be seen whether the Convention should deal with the case of *lis pendens* between a court in a Contracting State and a court in a non-Contracting State.

[84] There is a fourth option which would consist in not having either a rule of *lis pendens* or a provision relating to *forum non conveniens*, but reverting to solutions *a posteriori* based on *res judicata* and the irreconcilability of decisions. This option seems scarcely viable but it should nevertheless be mentioned.

[85] *Cf.* the discussion *infra* Nos 101 *et seq.*

Si l'on voulait éviter toute définition de la notion de saisine du tribunal, il conviendrait de ne plus raisonner en fonction de la date à laquelle les tribunaux ont été saisis et exiger des tribunaux qu'ils prennent leur décision ensemble, dans un bref délai, les parties ayant été entendues.

Par ailleurs, quelle que soit la solution donnée à la litispendance, il conviendra de s'assurer que la forclusion de l'action ne peut pas intervenir du seul fait de la mise en œuvre de la règle de litispendance. C'est pourquoi, il serait préférable de prévoir un simple sursis à statuer plutôt qu'un dessaisissement jusqu'à temps qu'une décision soit rendue. Le dessaisissement n'aura lieu que lorsque le tribunal qui exercera effectivement sa compétence aura rendu sa décision et que celle-ci sera susceptible de reconnaissance et d'exécution dans l'autre territoire.

101 ***Forum non conveniens*** – La question du *forum non conveniens* a été discutée pour la première fois au cours de la Commission spéciale du mois de mars 1998 au vu de propositions concrètes déposées par certaines délégations. Le caractère très général de la clause proposée et l'application très large, relativement peu encadrée et s'appliquant pour tous les chefs de compétence de manière indifférenciée, ont entraîné une réaction de rejet assez virulente menée essentiellement par les experts des systèmes de tradition romano-germanique. Cette réaction était d'autant plus étonnante que les discussions préliminaires qui avaient eu lieu au cours des deux Commissions spéciales de faisabilité de juin 1994 et de juin 1996 avaient montré une relative adhésion à un système de clause d'exception, d'application ponctuelle et suffisamment encadrée[86]. Il est donc particulièrement délicat de conclure sur cette question à partir des discussions de la Commission spéciale de mars 1998. Il nous revient ici de tenter de donner une image la plus fidèle possible des discussions qui ont été menées.

102 L'une des propositions est fondée sur l'idée que la disposition conventionnelle serait optionnelle. En ce sens il convient de comprendre que seuls les États qui connaissent déjà le système du *forum non conveniens* dans leur droit national pourraient continuer à mettre en œuvre cette doctrine, les États qui l'ignorent dans leur droit national n'étant pas obligés de la mettre en œuvre et ainsi de modifier la pratique habituelle de leurs juges. À l'encontre d'une telle proposition, il a été fait remarquer que la prévisibilité, dont on a convenu qu'il s'agit d'un des objectifs de la future Convention, ne serait pas préservée puisque les justiciables ne sauraient pas par avance si le juge qu'ils saisiront appliquera ou n'appliquera pas la clause de *forum non conveniens*. Par ailleurs, si l'on devait retenir l'idée d'une clause optionnelle, encore faudrait-il décider si le renvoi peut avoir lieu au profit d'un tribunal situé dans un pays qui ne connaît pas la théorie du *forum non conveniens*. Dans l'affirmative, ce tribunal sera-t-il obligé d'accepter le renvoi qui lui est fait ou pourra-t-il le refuser ?

103 Par ailleurs, l'une des propositions permet au juge de refuser d'exercer sa compétence au profit de n'importe quel autre tribunal, que celui-ci soit ou non situé sur le territoire d'un État contractant. La seconde proposition discutée au cours de la Session, en revanche, limite le droit du juge aux seuls cas dans lesquels le tribunal plus approprié est un tribunal d'un État contractant. En faveur de la première option, il a été fait remarquer que l'affaire peut présenter des liens étroits avec un État non partie à la Convention, justifiant que le tribunal saisi refuse d'exercer la compétence qui lui est conférée par la Convention. Le fait de vouloir toujours conserver la compétence sur le territoire d'un État partie n'est pas considéré comme une fin en soi par les experts qui sont favorables à cette première option. En revanche, le fait que la compétence serait alors exercée par un tribunal d'un État non partie, ce qui ferait vraisemblablement perdre au demandeur le bénéfice d'une exécution facilitée s'il venait à gagner le procès, pouvait être un des facteurs à prendre en considération par le tribunal saisi avant de décider le renvoi de l'affaire.

104 Les deux propositions prévoient que la clause de *forum non conveniens* ne sera pas mise en œuvre par le juge *sua sponte* mais à la demande du défendeur ou de toute partie au litige. La discussion a montré que si l'on devait admettre une clause il faudrait effectivement en limiter l'applicabilité au seul cas dans lequel le défendeur en demande l'application. Ceci impliquera également que pèsera sur le défendeur la charge de la preuve que les conditions de mise en œuvre de la doctrine sont effectivement remplies.

105 L'une des propositions spécifie que la demande du défendeur doit être introduite « au début des procédures ». Cette précaution a paru indispensable à certains experts. Quelques-uns iraient même plus loin en exigeant que la décision du juge soit prise dans un bref délai et qu'elle ne puisse faire l'objet d'un recours. Ces diverses hypothèses de précision procédurale n'ont pas été discutées en détail par la Commission spéciale.

106 Les deux propositions tendent de rendre l'exercice auquel doit se prêter le juge un peu plus prévisible pour les parties en énonçant les circonstances qu'il peut prendre en considération pour décider s'il doit ou non refuser d'exercer sa compétence. Toutefois, les deux listes partent du principe qu'elles sont exemplatives et non limitatives, ce qui confère à l'exercice un caractère d'imprévisibilité qui a entraîné en partie les oppositions exprimées au cours des discussions. À partir de ce point de départ commun, les deux propositions comportent une liste de facteurs relativement distincts, l'une étant centrée quasi exclusivement sur les questions de preuve (lieu de situation des preuves y compris des témoins, langues utilisées par les témoins et les documents), le droit applicable et le temps durant lequel une action a d'ores et déjà été pendante devant un autre tribunal. Dans cette proposition, le caractère de commodité d'accès pour les parties au litige et les témoins est également un facteur à prendre en considération par le juge. Dans l'autre proposition, cet élément de commodité est complété par une appréciation du coût de la procédure alternative pour les parties et les témoins ; le reste des facteurs à prendre en considération ont trait à une bonne administration de la justice (éviter la multiplicité des instances judiciaires, éviter que des décisions contradictoires soient rendues, prendre en considération l'exécution future du jugement à intervenir).

107 L'une des propositions contient une disposition permettant aux tribunaux en cause de procéder à un échange de vues. Cette disposition rapproche la clause proposée d'une disposition destinée à régler les cas de litispendance. Elle est plus difficile à mettre en œuvre lorsqu'il n'y a pas encore litispendance. En tout état de cause, les remarques qui avaient été exprimées par les experts à propos d'une telle disposition ont déjà été rappelées lors des développements consacrés à la litispendance[87].

108 Les deux propositions contiennent des formulations tendant à permettre au juge saisi de surseoir à statuer et non de se dessaisir complètement du litige, de manière à éviter des conséquences en matière de forclusion et l'hypothèse dans laquelle l'autre tribunal jugé plus approprié par le juge saisi refuserait lui-même d'exercer sa compétence. Cette idée de sursis à statuer, indépendamment d'une formulation à affiner, est effectivement nécessaire si une clause de *forum non conveniens* devait être insérée dans la Convention.

[86] Cf. la discussion résumée au Doc. prél. No 7 aux Nos 67 à 75 ainsi que les documents issus des Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 cités à la note 99 du Doc. prél. No 7.

[87] Cf. *supra* Nos 96 et s.

If we want to avoid defining the notion of seising a court, the date on which courts are seised should no longer be considered and the courts should be required to decide together, within a brief period of time, and after hearing the views of the parties.

Furthermore, whatever *lis pendens* solution is found, it should be ensured that action is not time-barred just because the *lis pendens* rule is applied. For this reason, it would be preferable to provide for a simple deferral of judgment, rather than relinquishment of jurisdiction, until a decision is handed down. Relinquishment will not take place until the court that will in fact exercise jurisdiction has handed down its decision and it is determined that this decision can be recognised and enforced in the other territory.

101 ***Forum non conveniens*** – The question of *forum non conveniens* was discussed for the first time at the March 1998 meeting of the Special Commission in connection with specific proposals submitted by delegations. The very general nature and broad application of the clause proposed, which was relatively unrestricted and applicable to all grounds of jurisdiction without discrimination, produced a rather virulent reaction against the proposal, led primarily by experts from countries with Roman law traditions. This reaction was all the more surprising because the preliminary discussions that had taken place during the Special Commission meetings on feasibility in June 1994 and June 1996 had shown relative support for a system based on an exception, to be applied selectively and with adequate restrictions.[86] Consequently, it is particularly difficult to reach a conclusion on this issue based on the March 1998 Special Commission discussions. Our task here is to try to reflect as faithfully as possible the discussions that took place.

102 One of the proposals is based on the idea that the provision in the Convention would be optional. As such, it would be understood that only the States which already have the *forum non conveniens* system in their national law could continue to apply this doctrine, while States that do not have it in their national law would not be required to apply it and thereby change the habitual practice of their courts. One drawback of such a proposal that was pointed out is that predictability, which is one of the goals of the future Convention, would be compromised, since the parties would not know in advance whether the *forum non conveniens* clause would or would not be applied by the court before which they brought the proceedings. Besides, if the idea of an optional clause were to be retained, it would be necessary to decide if transfer of the case could be made in favour of a court located in a country which does not know the *forum non conveniens* doctrine. If the answer is in the affirmative, would this court be bound to accept the transfer made to it or could it refuse to do so?

103 Also, one of the proposals allows the court to decline jurisdiction in favour of any other court, whether or not it is located in the territory of a Contracting State. The second proposal discussed during the session would, on the other hand, restrict the right of the court to decline jurisdiction to the cases in which the most appropriate court is in a Contracting State. In support of the first option, it was noted that the case may have close links with a State which is not a Party to the Convention, providing justification for the court seised to decline jurisdiction conferred on it by the Convention. The experts supporting this first option did not consider as an end in itself the desire always to preserve jurisdiction in the territory of a State Party. On the other hand, the fact that jurisdiction would then be exercised by a court in a non-party State, with the likely result that the plaintiff will lose the advantage of ready enforcement if he should win the case, could be one of the factors to be taken into account by the court seised before deciding whether to transfer the case.

104 Both proposals provide that the *forum non conveniens* clause not be applied by the court *sua sponte*, but at the request of the defendant or any other party to the litigation. The discussion revealed that if a clause were to be accepted, its applicability would have to be limited to the situation in which the defendant requests its application. This also implies that it will be up to defendant to prove that the conditions for applying this doctrine have in fact been met.

105 One of the proposals specifies that the defendant's request must be submitted "at the beginning of the proceedings." Some of the experts considered this precaution essential. A few would go even further and require that the court's decision be made within a brief period of time and that it not be subject to appeal. The Special Commission did not discuss in depth the details of these various procedural hypotheses.

106 Both proposals tend to make the exercise by the judge of his functions somewhat more predictable for the parties by spelling out the circumstances that he must take into consideration in deciding whether or not to decline jurisdiction. Both lists, however, are illustrative and not restrictive, making the exercise somewhat unpredictable and giving rise in part to the opposition expressed during the discussions. Despite this common point of departure, the two proposals contain lists of factors to be considered that are relatively dissimilar. One list focuses almost exclusively on matters of proof (place where the evidence is to be found, including witnesses, languages used by the witnesses and in documents), the applicable law, and the period of time during which a proceeding has already been pending before another court. In this proposal, convenience of access for parties to the litigation and witnesses is also a factor to be taken into consideration by the judge. In the other proposal, the convenience factor is supplemented by a cost assessment of the alternative procedures for the parties and witnesses. The remaining factors to be considered have to do with sound administration of justice (avoiding involving multiple judicial bodies, avoiding contradictory decisions, taking future enforcement of the judgment into account).

107 One of the proposals contains a provision allowing the courts involved to proceed to an exchange of views. This provision makes the proposed clause similar to a provision intended to settle *lis pendens* cases and could be difficult to apply when there is no *lis pendens*. In any event, the experts' comments concerning such a provision have already been reported in the sections devoted to *lis pendens*.[87]

108 Both proposals contain wording intended to allow the court seised to defer judgment and not completely relinquish jurisdiction over the case, so as to avoid consequences with regard to time bars and the possibility that the other court deemed more appropriate by the court seised also declines jurisdiction. This notion of deferring judgment, leaving aside fine points of drafting, is in fact necessary if a *forum non conveniens* clause is to be included in the Convention.

[86] *Cf.* the discussion summarised in Prel. Doc. No 7 at Nos 67-75 as well as the documents of the Special Commissions of June 1994 and June 1996, cited at note 99 of Prel. Doc. No 7.

[87] *Cf. supra* Nos 96 *et seq.*

109 L'une des propositions contient une disposition destinée à empêcher, au stade de la reconnaissance et de l'exécution du jugement, que le juge requis soit influencé par la décision prise par le juge en vertu de la disposition de *forum non conveniens*. Cette disposition est certainement la bienvenue si la clause de *forum non conveniens* est limitée à l'hypothèse d'un refus d'exercer la compétence au profit d'un tribunal d'un autre État contractant. En revanche, on voit mal comment une telle disposition pourrait survivre si la clause devait demeurer aussi large que celle proposée au cours de la Commission spéciale permettant, comme il a été dit ci-dessus, au juge saisi de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal situé sur le territoire d'un État non contractant.

110 Aucune des deux propositions ne contient l'hypothèse dans laquelle le tribunal saisi qui décide de refuser d'exercer sa compétence peut (doit ?) exiger du défendeur des garanties comme cela a été suggéré par un expert au moins.

111 Par ailleurs, dans les textes soumis, rien n'était dit sur le point de savoir si la clause de *forum non conveniens* peut être utilisée dans les litiges pour lesquels la Convention prévoit des compétences exclusives ou des compétences de protection et en cas d'élection de for par les parties. Au cours de la discussion un expert a néanmoins mentionné que ces différentes hypothèses seraient réservées et ne pourraient donner lieu à l'application de la clause de *forum non conveniens*.

112 Pour finir, il convient de noter que plusieurs experts ainsi que le Président de séance ont rappelé que la Convention comprendra une règle sur la litispendance et qu'il conviendra ensuite de vérifier si, en pratique, il est encore nécessaire de prévoir une clause générale de *forum non conveniens*. Si tel est le cas, cette clause sera utile pour allier deux principes opposés : la certitude et les réalités concrètes. Il devrait être possible de trouver un terrain d'entente pour des cas limitativement énumérés.

Questions de compétence non discutées par la Commission spéciale

113 **Actions de groupes** – Les experts ont préféré ne pas aborder cette question complexe d'autant qu'il n'a pas encore été possible de préparer une note de droit comparé sur cette question. Cette note ne pourra être préparée suffisamment à temps pour la Commission spéciale de novembre 1998 mais elle devrait être prête pour la Commission spéciale de juin 1999.

114 **Compétences de protection** – Ces questions avaient été discutées de manière relativement approfondie au cours de la Commission spéciale de juin 1997 et ont fait l'objet de développements dans le Document préliminaire No 8[88]. Elles n'ont été discutées qu'incidemment par la Commission spéciale de mars 1998 sans que l'on puisse en tirer des conclusions à ce stade.

115 **Mesures provisoires et conservatoires** – L'étude promise par le Bureau Permanent a pris un peu de retard dans la mesure où il a été plus difficile que prévu de réunir la documentation de base sur un certain nombre de systèmes juridiques. La note devrait être prête pour distribution aux experts suffisamment à temps pour leur permettre de préparer la Commission spéciale de novembre 1998. À cet égard, il a été mentionné que, dans la pratique internationale contemporaine, les injonctions ordonnant à une partie de divulguer la localisation et la constitution de son patrimoine sont de plus en plus fréquentes. Il est clair que la pratique continuera à développer certains instruments qui n'auront pas forcément été envisagés lors de la rédaction de la future Convention. Il conviendra de rédiger les dispositions de manière suffisamment large pour permettre l'application de la Convention à des hypothèses pratiques nouvelles. Enfin, l'expert de la France a fait part à la Commission spéciale qu'en 1996, sur 2 millions de décisions rendues, 600 000 l'avaient été à la suite d'une procédure de référé. Il informe la Commission qu'il remettra au Bureau Permanent pour distribution aux experts une note décrivant les procédures de référé afin que celles-ci soient mieux connues et puissent être prises en considération dans les discussions futures sur les mesures provisoires et conservatoires.

116 **Propriété intellectuelle** – La Commission spéciale n'a pas discuté spécifiquement de cette question mais il doit être signalé à cet égard qu'il conviendra de garder à l'esprit, en rédigeant les dispositions conventionnelles, les cas spécifiques des droits de propriété intellectuelle et notamment les cas de contrefaçon, validité et autres actions judiciaires liées. Un Document de travail distribué au mois de juin 1997 a appelé l'attention des experts sur le fait que la tendance actuelle en matière de propriété intellectuelle est de considérer que les droits conférés par un brevet, une marque, un droit d'auteur ou tout autre droit de propriété intellectuelle peuvent être soumis à un autre tribunal que celui du lieu où ces droits ont été enregistrés. Il serait possible alors de conférer une compétence non seulement au tribunal du lieu de l'enregistrement mais aussi au tribunal qui possède une compétence en matière de délit, de contrat, ou toute autre compétence pertinente pour les droits de propriété intellectuelle. Dans une telle hypothèse, le tribunal du lieu d'enregistrement rendrait une décision qui aurait une valeur *erga omnes* alors que tout autre tribunal compétent en vertu de la Convention rendrait une décision dont les effets seraient limités aux seules parties au litige. Il avait été également suggéré qu'une clause de *forum non conveniens* pourrait permettre au juge du lieu d'enregistrement de refuser d'exercer sa compétence au profit d'une autre juridiction mieux placée. Enfin, on doit reconnaître qu'en matière de licence, et pour tout litige qui est issu de ces contrats, la plupart du temps, il y aura une clause d'élection de for qui devra être respectée. Il conviendra de s'assurer que, pour les cas dans lesquels aucune clause d'élection de for n'existe, le for du contrat prévu par la Convention soit un for équitable et efficace en matière de contrat de licence.

117 **Trusts** – Il est rappelé à cet égard qu'un Document de travail de synthèse avait d'ores et déjà été préparé par la Commission spéciale de juin 1997 et a été reproduit à la note 44 du Document préliminaire No 8. Les discussions de la Commission spéciale de novembre 1998 ont pris pour base ce Document de travail de synthèse.

Interprétation uniforme

118 Les experts sont revenus sur la brève discussion qui avait eu lieu en juin 1997. Un certain nombre d'experts ont dit ne pas être convaincus par l'argument doutant du caractère « démocratique » du panel d'experts proposé dans le Document préliminaire No 7[89]. Un nombre important d'experts s'est exprimé pour dire que si l'on retenait l'idée du panel d'experts, leurs avis ne pourraient pas être obligatoires. Divers arguments ont été avancés pour justifier une telle position et notamment le fait que le pouvoir juridictionnel des juges de chaque État ne peut ne pas être limité par une décision obligatoire prise par une autorité non juridictionnelle. Par ailleurs, certains experts se sont montrés inquiets des délais très importants qui pourraient être imposés à des litiges individuels si les panels d'experts étaient réunis à l'occasion de ces litiges. De plus, on a fait remarquer que des avis rendus par des panels formés *ad hoc* n'auraient pas de valeur de précédent et seraient donc d'une utilité très limitée dans une interprétation

[88] Cf. Nos 46 à 53.

[89] Cf. Nos 200 et 201 ainsi que le No 89 du Doc. prél. No 8.

109 One of the proposals contains a provision intended to prevent, during the recognition and enforcement stage, the court addressed from being influenced by the decision made by the court under the *forum non conveniens* provision. This provision is certainly welcome, if the *forum non conveniens* clause is restricted to the cases in which the court declines jurisdiction in favour of a court in another Contracting State. On the other hand, it is hard to see how such a provision could survive if the clause were to remain as broad as the one proposed during the Special Commission meeting, allowing the court, as we pointed out earlier, to decline jurisdiction in favour of a court located in the territory of a non-Contracting State.

110 Neither of the two proposals contains the hypothesis in which the court seised that declines jurisdiction may (must?) require guarantees from the defendant, as suggested by at least one expert.

111 Also, nothing was said in the texts submitted about whether the *forum non conveniens* clause may be used in cases for which the Convention provides exclusive or protective grounds of jurisdiction and in cases in which the parties choose the forum. During the discussion, one expert did, however, mention that these various hypotheses would be reserved and could not give rise to application of the *forum non conveniens* clause.

112 In conclusion, it should be mentioned that several experts, as well as the Chair, noted that the Convention will include a rule on *lis pendens* and that it should then be verified whether it is still necessary in practice to provide a general *forum non conveniens* clause. If such were the case, the clause would be useful in combining two opposing principles: certainty and concrete realities. It should be possible to find common ground for a restricted list of cases.

Jurisdictional issues not discussed by the Special Commission

113 **Group actions** – The experts preferred not to address this complex question, since it has not yet been possible to prepare a comparative law note on the matter. It will not be possible to prepare this note in sufficient time for the Special Commission's November session, but it should be ready for the June 1999 session.

114 **Protective grounds of jurisdiction** – These questions had been discussed in relative depth at the Special Commission in June 1997 and were developed in Preliminary Document No 8.[88] They were discussed only in passing by the Special Commission at the March 1998 session, and no conclusions can be drawn at this stage.

115 **Provisional and protective measures** – The study promised by the Permanent Bureau is somewhat late inasmuch as it has been more difficult than expected to gather basic documentation on a number of legal systems. The report should be ready for distribution to the experts in sufficient time to allow them to prepare for the Special Commission of November 1998. In this regard, it was mentioned that, in contemporary international practice, injunctions ordering a party to disclose the location and constitution of its assets are increasingly frequent. It is clear that practice will continue to develop certain instruments that will not necessarily have been foreseen at the time of the drafting of the future Convention. Provisions should be drafted in sufficiently broad language to allow application of the Convention to new situations arising in practice. Finally, the French expert informed the Special Commission that in 1996, of the 2 million decisions handed down, 600,000 had been handed down following provisional relief proceedings. He told the Special Commission that he would provide the Permanent Bureau with a report describing provisional relief proceedings for distribution to the experts so that these proceedings might be better understood and taken into consideration in future discussions on provisional and protective measures.

116 **Intellectual property** – The Special Commission did not specifically discuss this question, but it is worth mentioning in this regard that specific cases of intellectual property rights should be kept in mind as the provisions of the Convention are drafted, particularly infringement, validity, and other related judicial actions. A working document distributed in June 1997 called the attention of the experts to the fact that the current trend in intellectual property matters is to consider that rights conferred by a patent, trademark, copyright, or any other intellectual property right may be submitted to a court other than the court of the place where those rights were registered. It would accordingly be possible to confer jurisdiction not only on the court of the place of registration, but also on the court having jurisdiction in tort, in contract, or having any other jurisdiction relevant to the intellectual property rights. In such a case, decisions handed down by the court of the place of registration would have *erga omnes* validity, whereas a decision handed down by any other court with jurisdiction under the Convention would have effects only for the parties to the litigation. It had also been suggested that a *forum non conveniens* clause might allow the court of the place of registration to decline jurisdiction in favour of a more appropriate court. Finally, it must be acknowledged that with respect to licenses, and in any litigation arising from this type of contract, most of the time there will be a choice of court clause that must be respected. For cases in which there is no choice of court clause, it should be ensured that the forum of contract, as provided by the Convention, is a fair and efficient forum with respect to license contracts.

117 **Trusts** – On the question of trusts, it should be recalled that a Summary Working Document had already been prepared by the Special Commission in June 1997 and was reproduced in note 44 of Preliminary Document No 8. The discussions of the Special Commission in November 1998 were based on that Summary Working Document.

Uniform interpretation

118 The experts returned to the brief discussion that had taken place in June 1997. A number of experts stated that they had not been convinced by the argument casting doubt on the "democratic" nature of the panel of experts proposed in Preliminary Document No 7.[89] A significant number of experts expressed the view that, if the idea of expert panels were adopted, the opinions of the panels could not be binding. Various arguments were put forward to justify this position, particularly the fact that the jurisdictional authority of the courts of each State could not be limited by a binding decision made by a non-jurisdictional authority. Furthermore, some experts expressed concern about the very long delays that could be caused for individual lawsuits if expert panels were convened on each of these disputes. It was also pointed out that opinions handed down by *ad hoc* panels would have no value as precedent and would therefore be of very limited value

[88] *Cf.* Nos 46-53.

[89] *Cf.* Nos 200 and 201, also No 89 of Prel. Doc. No 8.

uniforme. À cet argument, certains experts ont répondu que les avis donnés par les panels d'experts auraient la valeur que la notoriété et l'expérience de ces experts pourraient leur donner et que la force des avis rendus serait plus persuasive qu'obligatoire. Il a ensuite été évoqué la possibilité de réunir des commissions consultatives périodiques. Plusieurs experts ont alors émis l'idée que l'on pourrait proposer une combinaison des deux systèmes des panels *ad hoc* dans des cas individuels et des commissions consultatives périodiques. On pourrait imaginer un système dans lequel les parties pourraient demander au juge le renvoi d'une question à un panel d'experts qui serait réuni *ad hoc*. On pourrait également imaginer que la réunion d'un tel panel d'experts serait demandée par le juge lui-même. Par ailleurs, les commissions consultatives périodiques pourraient être réunies à la demande d'un ou de plusieurs États. Dans ce cas, pour éviter les inconvénients mentionnés au cours des discussions, on pourrait imaginer d'accorder un temps limité (par ex. quelques semaines) au panel d'experts pour qu'il donne son avis interprétatif.

Clauses fédérales

119 Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la question des clauses fédérales n'intéresse pas seulement les États fédéraux. Il existe en réalité trois types de clauses fédérales: (1) les clauses fédérales *stricto sensu*, c'est-à-dire celles par lesquelles l'État décide d'appliquer la Convention, soit sur l'intégralité de son territoire, soit à certains de ses états ou régions fédérés; (2) les clauses qui décident si la Convention doit s'appliquer ou non aux conflits purement internes; (3) les clauses qui déclarent si les règles de la Convention doivent déterminer la compétence de l'État dans son ensemble ou celle de l'un de ses systèmes juridiques ou judiciaires spécifiquement désignés. Alors que, traditionnellement, la question des clauses fédérales est traitée par un comité *ad hoc*, issu de la Commission spéciale, regroupant les États intéressés, il a été suggéré que la question notamment dans sa troisième acception intéresse tous les États, y compris ceux qui ont un système juridique et judiciaire unifié. Elle devra guider la rédaction des clauses de la future Convention. Notamment, elle dictera le point de savoir si les clauses de compétence désignent la compétence de l'État dans son ensemble ou bien également la compétence interne. Ainsi, la clause donnant compétence au tribunal de la résidence habituelle du défendeur peut soit se contenter de désigner l'État de cette résidence ou au contraire le lieu de cette résidence. Pour les parties au litige et chaque fois que cela est possible, il est préférable que les dispositions conventionnelles soient rédigées en termes précis (compétence internationale et compétence interne). Ceci accroît notamment la certitude et la prévisibilité des solutions. Cependant, si la Commission spéciale devait finalement décider que les règles de compétence directe doivent être rédigées en terme de compétence internationale seulement, il conviendrait alors de s'assurer des règles permettant, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, la vérification de la compétence locale. Cette question prend certes une importance toute particulière dans les États à système judiciaire non unifié puisque les règles de procédure suivies par les tribunaux des États fédérés peuvent différer largement les uns des autres. Toutefois, elle n'est pas innocente pour les systèmes unifiés.

Adhésion à la Convention

120 La Commission spéciale n'a pas eu le temps de discuter d'une question qui fait toujours l'objet d'une ou plusieurs dispositions dans les Conventions de La Haye. Il s'agit des conditions d'adhésion à la future Convention.

Dans la tradition de la Conférence de La Haye, il est fait une différence entre les États qui étaient Membres de la Conférence lors de la Session diplomatique au cours de laquelle a été adoptée la Convention et ceux qui n'en étaient pas. Pour les premiers, auxquels sont parfois assimilés les États qui ont été invités à participer à la Session diplomatique, il leur suffit de ratifier la Convention après l'avoir signée et de déposer leur instrument de ratification auprès du dépositaire, en l'occurrence le Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas. En revanche, pour les États qui n'étaient pas Membres de la Conférence lors de la Session diplomatique concernée, les systèmes mis en place par les Conventions diffèrent. On peut en relever essentiellement trois:

– premier système: l'adhésion n'a d'effet que dans les rapports entre l'État adhérant et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection[90];

– deuxième système: l'État dépose son instrument d'adhésion auprès du dépositaire puis les États qui ont ratifié la Convention avant ce dépôt ont un certain délai pour notifier leur opposition. Si après ce délai il n'y a pas eu d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'État adhérant[91];

– troisième système: l'adhésion n'a d'effet que dans les rapports entre les États adhérants et les États contractants qui auront expressément déclaré accepter cette adhésion[92].

121 Les questions qui se posent pour la future Convention sont les suivantes: le système d'acceptation tacite est-il suffisant? Dans la négative, il conviendra de mettre en place un système d'acceptation expresse ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (troisième système). Toutefois, un Document de travail proposé par une délégation soulève la question de savoir si ce système d'acceptation expresse doit être limité, comme il est de tradition au sein de la Conférence de La Haye, aux États non membres de la Conférence ou doit être étendu à tous les États, y compris les États membres.

[90] *Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères* (art. 13); *Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers* (art. 12); *Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* (art. 42); *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* (art. 31); *Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* (art. 32); *Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (art. 28); *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (art. 44); *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (art. 58). Le délai dans lequel les États contractants peuvent soulever des objections varie, certaines Conventions prévoyant six mois et d'autres douze. Les deux Conventions les plus récentes prévoient six mois.

[91] *Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption* (art. 20); *Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* (art. 28); *Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* (art. 18); *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (art. 29).

[92] *Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (art. 13); *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (art. 17); *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* (art. 21); *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps* (art. 28); *Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière* (art. 18); *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (art. 39); *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (art. 38).

for a uniform interpretation. In response to this argument, some experts believed that the opinions handed down by the expert panels would have the value conferred on them by the standing and experience of the experts themselves and that the impact of these opinions would be persuasive rather than binding. The possibility of convening periodic advisory commissions was raised. Several experts proposed a combination of the two systems – *ad hoc* panels in individual cases and periodic advisory commissions. One might imagine a system in which the parties could petition the court to refer a question to a panel of experts convened on an *ad hoc* basis. Another possibility would be for the court itself to request such an expert panel. In addition, periodic advisory commissions could be convened at the request of one or more States. In this event, in order to avoid the drawbacks mentioned during the discussion, the panel might be given a limited period of time (a few weeks, for example) to reach its interpretative opinion.

Federal clauses

119 Contrary to what might be assumed, the question of federal clauses does not concern federal States alone. There are in reality three types of federal clauses: (1) federal clauses in the strict sense, *i.e.*, those by which a State decides to apply the Convention either to its entire territory or to some of its federated states or regions; (2) clauses that determine whether or not the Convention is to be applied in the case of purely internal conflicts; (3) clauses that state whether the rules of the Convention are to determine the jurisdiction of the State in its entirety, or the jurisdiction of one of its specifically designated legal or judicial systems. Whereas traditionally, the question of federal clauses is addressed by an *ad hoc* committee, drawn from the Special Commission and comprised of the States concerned, it was suggested that the question, particularly with regard to the third category above, is of interest to all States, including those that have a unified legal and judicial system. It will guide the drafting of the clauses of the future Convention. It will determine, in particular, whether the jurisdiction clauses refer to the jurisdiction of the State as a whole or to internal jurisdiction as well. Accordingly, the clause assigning jurisdiction to the court of the habitual residence of the defendant may either simply designate the State of residence, or may, on the other hand, designate the place of residence. For parties to the litigation, it is preferable that, whenever possible, the provisions of the Convention be drafted in precise terms (international jurisdiction and domestic jurisdiction). This increases certainty and predictability of solutions. If, however, the Special Commission were to decide in the end that the rules of direct jurisdiction were to be drafted in terms of international jurisdiction only, it should be ensured that the rules allow verification of local jurisdiction at the recognition and enforcement stage. This question naturally has particular significance for States that do not have a unified judicial system, since the rules of procedure followed by the courts of federal States may differ greatly among themselves. It is not, however, without effect for unified systems.

Accession to the Convention

120 The Special Commission did not have time to discuss a question that is always the subject of one or more provisions in Hague Conventions; it concerns conditions for accession to the future Convention.

In the tradition of the Hague Conference, a distinction is made between States that were Members of the Conference at the time of the Diplomatic Session at which the Convention was adopted and those that were not Members. For the former, and sometimes also States that were invited to attend the Diplomatic Session, it is sufficient to ratify the Convention after signing it, and to deposit their instrument of ratification with the depositary, in this instance the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands. On the other hand, for States that were not Members of the Conference at the time of the Diplomatic Session concerned, the systems established by the Conventions differ. They basically take one of three forms:

– first system: the accession is valid only in relations between the acceding State and the Contracting States that have raised no objection;[90]

– second system: the State deposits its instrument of accession with the depositary, then the States that have already ratified the Convention have a certain period of time to give notice of their opposition. If there are no objections during this period, the Convention will enter into force for the acceding State;[91]

– third system: the accession is valid only in relations between acceding States and Contracting States that have expressly declared that they accept the accession.[92]

121 The following questions concern the future Convention: Is a system of tacit acceptance adequate? If not, a system of explicit acceptance should be established, as set forth above (third system). In a working document submitted by one of the delegations, however, the question was raised of whether this explicit acceptance system should apply only to States not Members of the Conference, as is traditional in the Hague Conference, or whether it should be extended to all States, including Member States.

[90] Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions (Art. 13); *Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents* (Art. 12); *Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons* (Art. 42); *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations* (Art. 31); *Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* (Art. 32); *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (Art. 28); *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* (Art. 44); *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (Art. 58). The time period within which Contracting States may raise objections varies, some Conventions providing for six months and others for 12 months. The two most recent Conventions provide for six months.

[91] *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions* (Art. 20); *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* (Art. 28); *Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court* (Art. 18); *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (Art. 29).

[92] Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods (Art. 13); Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children (Art. 17); Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors (Art. 21); *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations* (Art. 28); *Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents* (Art. 18); *Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (Art. 39); *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Art. 38).

Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé

ÉTABLIE PAR CATHERINE KESSEDJIAN
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 10 d'octobre 1998

INTRODUCTION

1 En commençant cette étude sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, il peut être intéressant de rappeler la Résolution prise par la 20e Conférence des Ministres européens de la Justice, selon laquelle « il convient d'identifier des mesures visant à un bon rapport coût-efficacité afin d'accélérer la justice, sans toutefois porter préjudice aux autres garanties du procès équitable »[1]. Dans cette même perspective, le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs principes pour améliorer la procédure civile, parmi lesquels nous nous bornerons à citer :

- limitation du nombre des audiences et accélération de la procédure ;
- rôle actif du juge ;
- mesures particulières à prendre dans certains cas à effet d'accélérer le règlement des litiges (par ex. en cas d'urgence, lorsqu'un droit n'est pas contesté ou que la créance est certaine ou que l'objet du litige est de faible valeur) et d'accélérer l'administration de la justice[2].

Ce souci d'accélérer la procédure civile n'est certainement pas l'apanage des pays de la « Grande Maison Europe » et d'autres préoccupations similaires sont à l'origine des travaux d'organisations intergouvernementales en Asie, Afrique ou aux Amériques ainsi que de ceux d'organisations internationales non gouvernementales, telle l'*International Law Association* ou les grandes associations internationales de barreaux (IBA ou UIA, par ex.).

2 Quelles mesures mieux que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent remplir les objectifs et principes mentionnés par la Résolution et la Recommandation que nous venons de citer ? Ces mesures, dans leur volet conservatoire, en effet, sont généralement ordonnées en cas d'urgence afin de maintenir un *statu quo*, d'assurer la sauvegarde de certains droits, de telle manière que les parties puissent faire utilement valoir leur prétention au fond[3]. Par essence, elles sont de nature à perdurer seulement à titre temporaire, la durée exacte de leur validité et efficacité étant définie par la loi ou par le juge ordonnant ces mesures, de manière à maintenir un équilibre entre les droits des parties. Ceci étant dit, la réalité révèle une complexité d'autant plus grande que ces mesures sont demandées dans le cadre d'un contentieux international et développeront tout ou partie de leurs effets sur le territoire d'un État autre que celui dans lequel elles ont été ordonnées. La complexité vient en partie de ce que les systèmes juridiques sont relativement divergents en la matière et que, à l'intérieur d'un même système, un très grand nombre de mesures peuvent être qualifiées de conservatoires sans forcément revêtir les attributs de la définition que nous venons de donner[4]. Dans l'ordre international, il est impossible de retenir tous les éléments de cette mosaïque si bien que nous avons préféré nous en tenir à quelques mesures précises tombant sous le coup de la définition que nous avons donnée[5].

3 C'est pourquoi nous avons retenu deux grandes catégories initiales : la première comprend toutes les mesures qui sont de nature *in personam*, c'est-à-dire qu'elles s'adressent à la personne du débiteur l'enjoignant de faire ou de ne pas faire quelque chose ou, comme les saisies, instruisent une personne (éventuellement tiers par rapport au litige principal) de ne pas se dessaisir au profit du débiteur ou, éventuellement, de se dessaisir au profit du créancier ; la seconde comprend toutes les mesures *in rem*, dont les effets se font sentir essentiellement sur la chose ou le bien saisi ou mis sous séquestre. Une autre dichotomie peut également être relevée entre les mesures qui opèrent un droit de priorité à l'égard du créancier et celles qui sont neutres à cet égard. Enfin, une troisième dichotomie doit être signalée entre les mesures qui sont destinées à avoir un effet extraterritorial et celles qui, au contraire, voient leurs effets limités au territoire de l'État dans lequel elles ont été ordonnées[6].

4 Compte tenu de ces différences, nous nous sommes efforcés de présenter les grands principes applicables dans un certain nombre de systèmes juridiques choisis non seulement pour l'importance qu'ils revêtent en la matière, mais également compte tenu de la disponibilité des informations nécessaires pour en comprendre les éléments. Il s'agit du Royaume-Uni et de quelques pays du *Commonwealth* notamment, des États-Unis d'Amérique, de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas et de la Suisse[7].

5 Comme nous avons eu l'occasion de l'écrire dans le Rapport préliminaire sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale[8], de la possibilité d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, dépend souvent l'orientation et l'issue de la procédure sur le fond du litige. C'est pourquoi la Commission spéciale, lors de ses délibérations de juin 1997, a demandé expressément qu'une Note de droit comparé soit établie afin de mieux préparer les débats qui devront avoir

[1] Réunion de Budapest les 11 et 12 juin 1996, Résolution No 1.

[2] Recommandation No R (84), *L'État de droit et la justice* (Réalisations du Conseil de l'Europe), Dir/Doc (97)8, p. 6 et 7.

[3] Il n'est pas aisé de donner une définition claire et uniformément acceptée de la notion de mesure conservatoire. La Cour de justice des Communautés européennes a décidé que ces mesures ont pour objectif la sauvegarde de droits dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge du fond, tout en préservant le *statu quo* tant en fait qu'en droit (cf. aff. C-261/90, *Reichert II*, CJCE 26 mars 1992, *Rec.*, p. I-2149). C'est également à partir des objectifs poursuivis par les mesures conservatoires que la Résolution d'Helsinki adoptée par l'Association de Droit international a proposé une définition. Ces objectifs sont au nombre de deux : a) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché ; b) saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir (cf. ILA, *Report of the Sixty-Seventh Conference*, Helsinki, 1996, p. 202 (en anglais) ; traduction en français par C. Kessedjian et P. Kinsch, *JDI* 1997, p. 110). En d'autres termes, comme l'indique l'auteur d'une thèse récente, la mesure conservatoire a pour objectif premier d'empêcher le débiteur d'organiser son insolvabilité (cf. G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, thèse Paris I, 1998, No 10, p. 8).

[4] En France, par exemple, une étude a montré qu'une trentaine de mesures différentes ont un caractère conservatoire pour les besoins du droit interne (cf. C. Brenner, *L'acte conservatoire*, thèse dactylographiée, Paris II, 1996).

[5] Nous ne nous intéressons donc pas dans cette étude aux mesures simplement provisoires mais non conservatoires qui ne nous paraissent pas relever d'un régime juridique différent des décisions exécutoires par provision qui suivent le régime général des décisions étrangères.

[6] Cette troisième dichotomie recouvre presque naturellement la première.

[7] Nous avons conscience que nous laissons ainsi en dehors de cette étude des pays dont les systèmes juridiques sont très importants. Malheureusement, s'ils sont absents, c'est en raison du manque d'information suffisante disponible au Bureau Permanent sur ces systèmes. Nous tenons ici à remercier les personnes qui nous ont aidé à réunir les informations sur les systèmes retenus : pour le Royaume-Uni et l'Australie, Timothy McEvoy ; pour les États-Unis d'Amérique, Timothy McEvoy ; pour les Pays-Bas, Roumyana Maria Rizov ; pour la Suisse, Christophe Bernasconi ; pour les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Cathalijne van der Plas. Nous tenons également à remercier tous les membres du Comité sur le contentieux civil et commercial international de l'*International Law Association*. Par ailleurs, la thèse de Gilles Cuniberti, citée *supra* note 3, nous a été d'une grande aide. Toutes les erreurs qui pourraient apparaître dans les développements qui suivent sont strictement celles de l'auteur.

[8] « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Rapport établi par C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 d'avril 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome, Nos 51 et 126.

Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law

PREPARED BY CATHERINE KESSEDJIAN
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 10 of October 1998

INTRODUCTION

1 At the beginning of this survey of provisional and protective measures in international litigation, it may be of interest to recall the resolution adopted by the 20th Conference of European Ministers of Justice "[r]ecognising the desirability of identifying cost effective measures to speed up justice, without however endangering the other guarantees of a fair trial".[1] From the same perspective, the Council of Europe has adopted several principles to improve civil proceedings. We will mention only the following:

- restricting the number of hearings and expediting the proceedings;
- the court to play an active role;
- special steps to be taken in some cases in order to speed up the settlement of disputes (*e.g.*, in an emergency, when a claim is not contested or there is a definite obligation, or if the subject matter of the litigation is of little value) and to speed up the administration of justice.[2]

This concern with speeding up civil proceedings is by no means confined to the countries of the "Greater European Home", and similar concerns underlie the work of intergovernmental organisations in Asia, Africa and the Americas, as well as that of non-governmental international organisations such as the International Law Association or the major international bar associations (the IBA or the UIA, for example).

2 Surely there is nothing better than provisional and protective measures to fulfil the aims and principles mentioned in the resolution and recommendation referred to above. These measures, in their protective aspect, are normally ordered in emergency cases in order to maintain the status quo, to ensure that certain rights are safeguarded, so that the parties can have a chance to argue their claims on the merits.[3] In essence, they are only meant to be temporary; the exact period for which they are valid and effective is defined in law or by the court which orders the measures, so as to maintain a balance between the rights of the parties. Having said that, the actual picture is extremely complex, as these measures are sought in the context of an international dispute, and will take effect wholly or partly on the territory of a State other than the one in which they were ordered. The complexity derives partly from the fact that legal systems diverge to a greater or lesser extent in this area, and that even within one and the same system, many measures may be described as protective without necessarily having the attributes of the definition given here.[4] When dealing with the international system, it is impossible to review every element of this mosaic, so we have preferred to single out a few specific measures which fall within the definition we have given.[5]

3 For this reason, we have initially chosen two major categories. The first of these comprises all the measures which are by nature *in personam*, *i.e.*, they are addressed to the person of the debtor and enjoin him to do or not to do something or, as in the case of attachments, instruct somebody (who may be a third person extraneous to the main case) not to relinquish property for the benefit of the debtor, or perhaps to relinquish property for the benefit of the creditor. The second comprises all the measures *in rem*, the effects of which will be felt chiefly on the thing or asset which has been seised or sequestered. One may point to a further dichotomy, as between measures which establish a priority claim for the creditor, and those which are neutral in this respect. Finally, there is a third dichotomy as between measures which are intended to take extraterritorial effect and those which, by contrast, are limited in their effects to the territory of the State in which they were ordered.[6]

4 In the light of these differences, we have endeavoured to present the main principles which apply in a number of legal systems, chosen not only for their importance in this area, but also in view of the availability of the information needed to understand how they operate. These systems are those of the United Kingdom and certain Commonwealth countries, the United States of America, Germany, France, the Netherlands and Switzerland.[7]

5 As we had occasion to state in the Preliminary Report on international jurisdiction and the effects of foreign judgments in civil and commercial cases,[8] the progress and the outcome of proceedings on the merits of a case will often depend on the availability of provisional or protective measures. This is why the Special Commission, discussing the question in June 1997, expressly requested the preparation of a Note on comparative law by way of preparation for the debates which would follow in forthcoming

[1] Budapest meeting of 11 and 12 June 1996, Resolution No 1.
[2] Recommendation No R (84), reprinted in *Rule of Law and Justice* (Achievements of the Council of Europe), Dir/Doc (97)8, pp. 6 and 7.
[3] It is far from easy to give a clear and uniformly accepted definition of what constitutes a protective measure. The Court of Justice of the European Communities has decided that the purpose of these measures is to safeguard rights which the court dealing with the merits of a case is, in any event, requested to recognise, while preserving the status quo both in fact and in law (see Case C-261/90, *Reichert II*, ECJ 26 March 1992, *ECR*, p. I-2149). Again, it was on the basis of the objectives sought by protective measures that the Helsinki Resolution adopted by the International Law Association proposed a definition. There are two objectives: a) to preserve the status quo until the merits of the case are settled; b) to seise goods which can meet the demands of an order in the final judgment (see ILA, Report of the Sixty-Seventh Conference, Helsinki, 1996 p. 202; a French translation of the original English will be found in C. Kessedjian and P. Kinsch, *JDI* 1997, p. 110). In other words, as the author of a recent treatise says, the primary objective of a protective measure is to prevent the debtor from deliberately going bankrupt (see G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés a l'étranger*, Paris I thesis, 1998, No 10, p. 8).
[4] In France, for instance, a study has shown that there are about 30 different measures of a protective kind available under domestic law (see C. Brenner, *L'Acte conservatoire*, typed thesis, Paris II, 1996).
[5] In this study we will not therefore focus on measures which are purely provisional without being protective, as the legal regime they belong to seems no different from immediately enforceable decisions, which follow the general system for foreign decisions.
[6] This third dichotomy follows almost automatically on the first.
[7] We are aware that this means leaving outside our study countries with very important legal systems. Unfortunately, if they are missing it is because the Permanent Bureau does not have enough information about them. We wish to thank here the people who have helped us to gather information about the systems selected: for the United Kingdom and Australia, Timothy McEvoy; for the United States of America, Timothy McEvoy; for the Netherlands, Roumyana Maria Rizov; for Switzerland, Christophe Bernasconi; and for the Brussels and Lugano Conventions, Cathalijne van der Plas. We also wish to thank the members of the Committee on International Civil and Commercial Litigation of the International Law Association. The thesis by Gilles Cuniberti, cited above in note 3, has been very helpful. Any errors which may be identified in the text are strictly the responsibility of the author.
[8] "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", drawn up by C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 of April 1997, *supra* p. 13 of this tome, Nos 51 and 126.

lieu au cours des prochaines réunions sur les dispositions qui seront insérées dans la future Convention.

6 Pour chaque système juridique choisi, nous aborderons trois questions: tout d'abord une description brève des mesures connues par le système juridique en cause et leur fonctionnement; deuxièmement, une explication des règles de compétence internationale directe que le système applique en la matière; et, troisièmement, la reconnaissance ou l'exécution que ce système accorde sur son territoire à des mesures prononcées à l'étranger. Pour la France et la Suisse, une brève section sur la loi applicable complète la structure proposée compte tenu des débats qui existent sur ce point dans ces deux pays.

7 Enfin, nous avons pensé que cette étude ne serait pas complète sans un bref exposé de l'application concrète des Conventions de Bruxelles et de Lugano qui ont prévu un texte spécifique sur la question qui nous occupe ici. Le texte actuel fait l'objet d'une proposition de révision qui sera également exposée dans l'état où elle se trouve à la date de rédaction de la présente étude.

CHAPITRE I – ROYAUME-UNI ET PAYS DU COMMONWEALTH

8 Un avocat de Londres, lors d'une conférence récente[9], concluait la présentation qu'il faisait du droit anglais des mesures conservatoires en comparant le juge anglais au grand chef d'un très bon restaurant qui fait inscrire sur la carte: «si, malgré tout le soin que nous avons apporté en créant cette carte, vous n'y trouvez pas votre plat favori, faites-le savoir au chef et il se fera un plaisir de vous le préparer». C'est peu dire en effet que le juge anglais[10] est inventif lorsqu'il s'agit d'aider les justiciables dans leurs procédures internes ou à l'étranger.

Section 1 – Description des mesures[11]

1 *L'injonction* Mareva

9 C'est en 1975 que la *High Court* de Londres, présidée par Lord Denning M.R. accorda, pour la première fois, une injonction *Mareva* dans une décision *Nippon Yusen Kaisha c. Kara Georgis*[12]. L'une des parties lui avait demandé de prononcer une injonction interdisant à l'autre partie de disposer de ses biens avant le jugement au fond. Le demandeur craignait, en effet, que durant la procédure au fond, le défendeur procède au transfert, de Londres vers l'étranger, des avoirs bancaires lui appartenant. Reconnaissant que cette injonction n'avait jamais été ordonnée auparavant, Lord Denning M.R. décida qu'elle était très utile en pratique et, dès lors, accepta de la prononcer. Une décision similaire fut rendue ensuite dans une autre affaire, l'affaire *Mareva Companiera S.A. c. International Bulk Carriers Ltd.*[13] dont le nom devait définitivement devenir l'intitulé générique de l'injonction en cause. Ce n'est qu'*a posteriori* que Lord Denning M.R. dans une décision *Rasu Maritima S.A. c. Perisahaan*[14] justifie la mesure qu'il a prise en 1975 et répond aux critiques qui se sont fait jour en utilisant la coutume de la *City* de Londres par laquelle les plaideurs pouvaient obtenir un «*Foreign Attachment*» depuis environ le XVe siècle. Certes, cette coutume avait disparu après 1881 avec la disparition de la *Mayor's Court*, mais Lord Denning M.R. pensait que, bien loin d'être une pure invention de son fait, il n'avait fait que raviver une institution ancienne[15]. Sa volonté d'ancrer dans le passé la création qu'il avait faite quelques trois années plus tôt, l'entraîna à fonder la compétence internationale directe des tribunaux anglais pour prononcer une telle injonction sur la situation des biens à saisir sur le territoire anglais. C'est donc, initialement, une injonction *in rem* que Lord Denning M.R. avait en tête. En réalité, ce n'est que plus tard que le véritable fondement de la compétence internationale directe *in personam* fut rétabli par Lord Ackner dans l'affaire *Att.-Gen. c. Times Newspapers Ltd.*[16]

10 La controverse en droit anglais a duré relativement longtemps, à tel point que, en 1979, lorsque l'injonction *Mareva* parvint à la Chambre des Lords dans l'affaire *The Siskina*[17], la Haute Juridiction évita soigneusement de se prononcer sur la légitimité et la licéité d'une telle injonction tant l'institution lui paraissait utile et nécessaire pour la pratique. On doit rappeler ici d'ailleurs que, depuis l'abandon du *Foreign Attachment*, le droit anglais ne connaissait aucune mesure permettant d'empêcher le débiteur de se rendre insolvable en attendant le jugement au fond et de nombreux juristes anglais enviaient le droit français et sa saisie conservatoire. On peut d'ailleurs penser que Lord Denning M.R., fin connaisseur non seulement de l'histoire juridique anglaise mais également continentale, y voyait là un apport fort utile. C'est finalement le législateur qui vint donner raison *a posteriori* à Lord Denning M.R. en ajoutant à la section 37 du *Supreme Court Act* de 1981 un troisième alinéa qui se lit de la manière suivante:

> «*The power of the High Court under sub-section (1) to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing from the jurisdiction of the High Court, or otherwise dealing with, assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where that party is, as well in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction.*»

11 Depuis la fin des années 80, pour l'essentiel, tous les ordres juridiques qui s'inspirent de près ou de loin du droit anglais, ont adopté l'injonction *Mareva*. Nous citerons ici la République d'Irlande, l'île de Man, Jersey, Hong Kong, Singapour, Malaisie, Australie, Nouvelle-Zélande, les provinces canadiennes de *common law*, la Barbade, Trinité-et-Tobago, les îles Caïmans, les îles Bermudes, Gibraltar, les Bahamas, les îles Turks et Caïcos[18].

12 Le régime juridique de l'injonction *Mareva* est celui de toutes les injonctions d'*equity*. Elles sont prononcées de manière discrétionnaire et sont accordées au demandeur lorsque justice ne lui serait pas rendue par la seule allocation

[9] IBA, *Brussels and Lugano Revisited*, Lisbonne, mai 1998.
[10] L'histoire ne dit pas si le juge écossais a le même pouvoir!
[11] Nous avons beaucoup hésité à inclure dans les développements qui suivent l'«*anti-suit injunction*», c'est-à-dire l'injonction par laquelle un juge interdit à une partie d'aller procéder devant un tribunal étranger ou, si le procès est déjà commencé, d'y poursuivre la procédure. D'un côté, on pourrait dire qu'elle est conservatoire, en ce sens qu'elle permet à la partie qui l'obtient de préserver ses droits dans le for qu'elle a choisi. Mais, en réalité, elle recouvre une controverse sur la compétence juridictionnelle et non sur le fond du droit ce qui, à notre sens, empêche de la considérer comme entrant dans la définition que nous avons donnée ci-dessus. On peut noter aussi qu'aux États-Unis d'Amérique, il n'existe pas d'uniformité sur l'attitude que les tribunaux adoptent sur cette question. Le principe veut normalement que si deux procédures parallèles existent, elles soient poursuivies, et que l'autorité de la chose jugée du premier jugement rendu soit plaidée dans le procès encore en cours (*Laker Airways, Ltd. c. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F2d 909, 926.27 (DC Cir. 1984)). C'est seulement en cas de circonstances exceptionnelles qu'une injonction anti-procédure sera prononcée. Mais les cinquième et neuvième circuits ont décidé de prononcer de telles injonctions plus facilement. Voir par ex. *Kaepa, Inc. c. Achilles Corp.* 76 F3d 624, 632 (5th Cir. 1996). Quant au *Restatement (Third) Foreign Relations Law*, il précise que «*All the courts agreed that antisuit injunctions are exceptional remedies inconsistent with normal relations between states, and that challenges to the application of a state's law to a transnational controversy should ordinarily be raised before the courts of that state*» (§ 403, *Reporter's Notes* No 7, p. 252). Toutes ces raisons militent, à notre sens, pour l'exclusion des injonctions anti-procédure des mesures conservatoires. Cf. aussi Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 8), No 59 et notes 74 et 75, et A. Lowenfeld, «Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation», IBA, *26th Biennial Conference*, Berlin, 20-25 octobre 1996, *AJIL* 1997; et «*Forum Non Conveniens* and Antisuit Injunctions: An Update», *AJIL* 1998, p. 41 à 43.
[12] [1975] 1 *WLR* 1093.
[13] [1975] II *Lloyd's Rep.* 509.
[14] [1978] QB 644 à la p. 658.
[15] Cf. A. Pulling, *The laws, customs, usages and regulations of the city and port of London*, 2e éd. 1842, p. 187 à 192; L. Collins, «Provisional and protective measures in international jurisdiction», *RCADI* 1992 III Vol. 234, para. 9 à la p. 108; G. Cuniberti (*op. cit.* note 3), aux p. 59 et s.
[16] [1992] 1 AC 191.
[17] *Siskina c. Distos S.A.* [1979] AC 210.
[18] S. Gee, *Mareva Injunction and Anton Piller Relief*, 3e éd., 1995.

meetings about the clauses to be included in the future Convention.

6 For each of the legal systems which we have chosen, we will deal with three issues. First, a brief description of the measures used in the legal system concerned and how they operate; secondly, an explanation of the rules of direct international jurisdiction which the system applies in this area; and thirdly, the recognition or enforcement which that system affords on its own territory for measures ordered abroad. For France and Switzerland, a brief section on the applicable law completes this picture, bearing in mind that this is a controversial issue in both countries.

7 Finally, we thought the study would be incomplete without a brief description of how the Brussels and Lugano Conventions are applied in practice, as both contain a specific provision on the question with which we are concerned here. There is a proposal to amend the existing text, and we will also comment on this proposal as it stands on the date of preparation of this study.

CHAPTER I – THE UNITED KINGDOM AND COMMONWEALTH COUNTRIES

8 A London solicitor, at a recent conference,[9] concluded his presentation of the English law on protective measures by comparing the English judge to the chef in a high-class restaurant who puts on the menu: "We have taken great care with our menu, but if your favourite dish isn't here, tell the chef and he will be happy to cook it for you." The English courts[10] can be quite inventive, to say the least, when it is a question of helping litigants in their cases, whether at home or abroad.

Section 1 – Description of the measures[11]

1 *The* Mareva *injunction*

9 It was in 1975 that the High Court in London, under Lord Denning M.R., granted a *Mareva* injunction for the first time, in a decision in the case of *Nippon Yusen Kaisha v. Kara Georgis*.[12] One of the parties had asked it to award an injunction forbidding the other party to dispose of his property before the judgment on the merits was handed down. What the applicant was afraid of was that, during the proceedings on the merits, the defendant would transfer bank holdings belonging to him from London to a foreign country. Recognising that such an injunction had never been granted before, Lord Denning M.R. decided that it was very useful in practice, and therefore agreed to award it. A similar decision was afterwards made in another case, the case of *Mareva Companiera S.A. v. International Bulk Carriers Ltd.*,[13] the name of which finally became the generic name for this type of injunction. Only *a posteriori* did Lord Denning M.R., in a decision in *Rasu Maritima S.A. v. Perisahaan*[14] justify the measure he took in 1975. He replied to the criticism he encountered by referring to the custom of the City of London, through which plaintiffs had been able to obtain a "foreign attachment" order since about the 15th century. Admittedly, this custom disappeared after 1881 with the abolition of the "Mayor's Court", but Lord Denning M.R. believed that far from indulging in pure invention, all he had done was to revive an ancient institution.[15] Seeking an anchor in the past for his creation of three years before, he founded the direct international jurisdiction of the English courts to award an injunction of this kind upon the situation of the assets to be seised on English territory. Hence what Lord Denning M.R. initially had in mind was an injunction *in rem*. In fact it was only later on that the true foundation of direct international jurisdiction *in personam* was re-established, by Lord Ackner in the case of *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.*[16]

10 The controversy in English law lasted for quite a long time, so that in 1979, when the *Mareva* injunction came to the House of Lords in the case of *The Siskina*,[17] the Supreme Court was careful not to pronounce a verdict on the legitimacy and lawfulness of an injunction of this kind, since the institution seemed to be so useful and necessary in practice. It should be pointed out that since the abandonment of the "foreign attachment" order, English law had lacked any means of preventing the debtor from dissipating all of his assets while awaiting a judgment on the merits, and many English lawyers envied the protective attachment order available under French law. One may in fact speculate that Lord Denning M.R., who was a great student of both English and Continental legal history, saw it as a very useful additional device. It was the legislature, at the end of the day, which gave its blessing *a priori* to Lord Denning M.R. by adding to section 37 of the 1981 Supreme Court Act a third paragraph reading as follows:

> "The power of the High Court under sub-section (1) to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing from the jurisdiction of the High Court, or otherwise dealing with, assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where that party is, as well as in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction."

11 Since the end of the 1980s, virtually all legal court systems which derive to a greater or lesser extent from English law have adopted the *Mareva* injunction. We need only mention the Republic of Ireland, the Isle of Man, Jersey, Hong Kong, Singapore, Malaysia, Australia, New Zealand, the Canadian common law provinces, the Barbados, Trinidad and Tobago, the Cayman Islands, Bermuda, Gibraltar, the Bahamas, and the Turks and Caicos islands.[18]

12 The legal regime of the *Mareva* injunction is the same as for all other injunctions in equity. They are discretionary awards, granted to the applicant when he would not obtain justice merely through an award of damages, which

[9] IBA, *Brussels and Lugano Revisited*, Lisbon, May 1998.
[10] The story does not say whether the Scottish courts have the same power!
[11] We were uncertain whether to include in the description which follows a note on the "anti-suit injunction", *i.e.*, the injunction by which a court forbids a party to enter his suit before a foreign court or, if proceedings have already started, to continue them. On the one hand, it could be said that this is a protective measure, in the sense that it enables the party awarded it to preserve his rights in his chosen forum. But in fact, this measure applies in cases of contested jurisdictional competence, and does not relate to the merits of a case, so that in our opinion it cannot be regarded as falling within the definition given above. We also note that, in the United States of America, there is no uniform approach among the courts to this question. The standard principle is that where there are two parallel sets of proceedings they should be continued, and that the authority of *res judicata* of the first judgment to be rendered should be argued in the ongoing proceedings (*Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F2d 909, 926.27 (DC Cir. 1984)). An anti-suit injunction will only be granted in exceptional circumstances. But the fifth and ninth circuit courts have been more willing to award these injunctions. See for instance *Kaepa Inc. v. Achilles Corp.* 76 F3d 624, 632 (5th Cir. 1996). As for the Restatement (Third) Foreign Relations Law, it states as follows: "All the courts agreed that anti-suit injunctions are exceptional remedies inconsistent with normal relations between States, and that challenges to the application of a State's law to a transnational controversy should ordinarily be raised before the courts of that State" (403, Reporter's Notes No 7, p. 252). In our view, all these reasons militate in favour of excluding anti-suit injunctions from the category of protective measures. See also Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 8), No 59 and notes 74 and 75, and A. Lowenfeld, "Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools in International Litigation", IBA, 26th Biennial Conference, Berlin, 20-25 October 1996, *AJIL* 1997; and "*Forum Non Conveniens* and Antisuit Injunctions: An Update", *AJIL* 1998, pp. 41-43.
[12] [1975] 1 *WLR* 1093.
[13] [1975] II *Lloyd's Rep.* 509.
[14] [1978] QB 644, at p. 658.
[15] See A. Pulling, *The laws, customs, usages and regulations of the city and port of London*, 2nd ed. 1842, pp. 187-192; L. Collins, "Provisional and protective measures in international jurisdiction", *CADI* 1992 III Vol. 234, para. 9, at p. 108; G. Cuniberti (*op. cit.* note 3), pp. 59 *et seq.*
[16] [1992] 1 AC 191.
[17] *Siskina v. Distos S.A.* [1979] AC 210.
[18] S. Gee, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, 3rd ed., 1995.

de dommages et intérêts, seul remède disponible en vertu du *common law*. Le juge procède à une évaluation des avantages qu'une telle injonction présenterait pour le demandeur et des inconvénients qui existeraient pour le défendeur. Elle peut être ordonnée *ex parte*. Elle est sanctionnée par le *contempt of court*, c'est-à-dire soit un emprisonnement, une amende ou même un séquestre des biens. On sait également que le *contempt* entraîne un statut juridique particulier pour le contrevenant qui se voit fermer l'accès à la justice. Mais cette sanction n'est pas automatique. Elle peut être purgée par une demande spéciale, par un appel interjeté à l'encontre de la décision qui a prononcé le *contempt*, et les moyens de défense au fond qui ont été présentés dans un autre procès[19].

13 L'injonction n'est pas une simple autorisation de procéder à une mesure conservatoire comme on la connaît, par exemple, en droit français. Bien au contraire, le juge prononce directement l'injonction et il n'est pas nécessaire, dès lors, de recourir à un acte d'exécution *a posteriori*. Il est simplement nécessaire d'informer la personne concernée par l'injonction de son existence. Cette information se fait par tout moyen[20]. Il appartient au débiteur d'informer les tiers, éventuellement en possession de ses biens, de la mesure dont il fait l'objet.

14 L'injonction n'a aucun effet substantiel. Elle ne modifie pas le statut juridique des biens appartenant au destinataire de l'injonction. Elle n'octroie à son bénéficiaire aucun droit réel, de quelque nature qu'il soit, sur les biens en cause. Elle n'emporte aucun droit préférentiel en cas de faillite du débiteur. Le destinataire de l'injonction peut donc continuer à passer des actes avec des tiers dont la validité n'est remise en cause que si les tiers sont de mauvaise foi.

15 Par nature, l'injonction *Mareva* est une mesure provisoire. Cela veut dire que, pour emporter la conviction du juge, le demandeur à l'injonction doit prouver qu'il a une chance de gagner son procès sur le fond. Cette preuve n'est pas aussi sévère que celle qui doit être apportée devant le juge du fond. Le demandeur doit simplement convaincre le juge de l'injonction qu'il a des arguments solides en sa faveur (*good arguable case*)[21]. Cette condition est d'autant plus importante que le demandeur devra assigner au fond de manière à conserver le bénéfice de l'injonction. Bien qu'aucun délai précis ne soit prévu en droit anglais pour que cette assignation au fond soit commencée, le juge est à même d'ordonner la mainlevée de l'injonction si aucune action au fond n'est commencée, que ce soit au Royaume-Uni ou dans un pays étranger si aucune compétence juridictionnelle internationale au fond n'existe sur le territoire du Royaume-Uni[22]. Si le demandeur n'engageait pas de procédure au fond, mais ne revenait pas non plus devant le juge de l'injonction, celle-ci demeurerait valable jusqu'à ce que le défendeur agisse de son côté. Si aucune des parties n'agit, il n'y a aucune date de péremption spécifique à l'injonction *Mareva*.

16 Le demandeur doit, par ailleurs, s'engager envers le tribunal à réparer tout dommage que l'injonction pourrait entraîner vis-à-vis du défendeur ou même à un tiers. Toutefois, comme pour le prononcé de l'injonction elle-même, la décision du tribunal est discrétionnaire. Il peut donc exister des cas dans lesquels le demandeur n'aura aucun engagement précis à prendre[23].

17 Ce système est bien entendu fondé sur les grands principes de procédure applicables devant les tribunaux anglais. Notamment, le demandeur doit se présenter au juge avec les « mains propres » (« *clean hands* ») et informer complètement le juge de tous les éléments nécessaires à son appréciation avant le prononcé de l'injonction. S'agissant d'une procédure *ex parte*, il est fondamental que le demandeur ne cache aucun élément important des moyens de défense que pourrait présenter le défendeur s'il était présent. Par ailleurs, le rôle du tribunal ne s'arrête pas une fois la mesure octroyée. Tout élément ou développement nouveau devra normalement être rapporté au tribunal, de manière à ce que celui-ci puisse actualiser la mesure ou même la supprimer, si bon lui semble.

18 Toutefois, la procédure redevient rapidement contradictoire. La plupart du temps, en effet, dès que le défendeur est informé, il suscitera une audience du tribunal dont la fixation peut être très rapide[24].

19 Signalons, enfin que, dans son évolution la plus récente, l'injonction *Mareva* concerne l'intégralité du patrimoine du défendeur qu'il soit situé au Royaume-Uni ou dans des pays étrangers[25]. Ce développement est la conséquence directe de la compétence juridictionnelle *in personam* sur laquelle est fondé le pouvoir des tribunaux pour prononcer cette mesure[26].

2 *Obligation du débiteur de dévoiler la composition de son patrimoine (*disclosure orders*)*

20 Les injonctions *Mareva*, tout comme les saisies ou mesures de séquestre, ne valent que si le créancier connaît la composition du patrimoine du débiteur et la localisation de ses biens. En pratique toutefois, il n'est pas rare que le créancier ignore ces informations. Les tribunaux anglais ont donc développé une mesure conservatoire très efficace qui oblige le débiteur à dévoiler au créancier la composition de son patrimoine (*disclosure orders*). S'agissant d'une injonction, elle s'adresse au débiteur lui-même. Compte tenu du principe de l'oralité dans la procédure anglaise, la preuve est rapportée par une déposition sous serment du débiteur devant le tribunal. Le débiteur peut également subir des questions de la part du créancier à l'occasion de cette audience. Toutefois, cette procédure orale n'empêche pas que le tribunal peut exiger du débiteur des preuves documentaires des affirmations qu'il émet à l'audience. Le tribunal peut également nommer un expert pour déterminer la consistance du patrimoine du débiteur. Les mêmes sanctions que celles prévues pour les injonctions *Mareva* s'appliquent à ces décisions.

21 Plusieurs évolutions intéressantes peuvent être signalées. Tout d'abord, certains pays du Commonwealth ont

[19] S. Gee cite une décision *Fakih Brothers c. A.P. Moller Ltd.* [1994] 1 *Lloyd's Rep.* 103. Dans cette affaire, les défendeurs faisaient à la fois l'objet d'une interdiction de poursuivre en justice les demandeurs (*anti-suit injunction*) en violation d'une clause d'élection de for et d'une injonction *Mareva*. Malgré cette interdiction, les défendeurs introduisaient une action devant les tribunaux du Sierra Leone. En conséquence, le juge anglais ordonna que leurs avoirs anglais soient placés sous main de justice et leur refusa audience sur leur demande de modification des termes de l'injonction.

[20] *RSC Order* 45, règle 7 (6 a) et b)). On doit noter d'ailleurs que si le défendeur était présent lorsque la décision a été prise, on considère qu'il a été par-là même immédiatement informé et plus aucune action du demandeur n'est nécessaire.

[21] Cette condition a été reprise dans les principes d'Helsinki adoptés par l'Association de droit international, cités *supra* note 3. Le principe No 4 se lit de la manière suivante : « L'octroi de telles mesures devrait être soumis à la libre appréciation du juge. Elles devraient pouvoir être ordonnées : a) si le demandeur démontre la vraisemblance de son action au fond, sans que les éléments de preuve qui lui sont demandés soient appréciés aussi strictement que pour l'action au fond elle-même, en vertu de la loi applicable à celle-ci [...]. »

[22] Dans les principes d'Helsinki (*ibid.*), le délai pour introduire l'action au fond n'est pas spécifié. Le principe No 12 prévoit simplement : « Un tribunal devrait pouvoir prononcer des mesures provisoires ou conservatoires seulement si le demandeur introduit une action au fond dans un délai raisonnable [...]. »

[23] C'est le principe adopté dans les principes d'Helsinki (*ibid.*). Le principe No 8 se lit de la manière suivante : « Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommages causés au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé. »

[24] Devant la *Queen's Bench Division*, une audience peut être provoquée en 48 heures. Devant la *Chancery Division*, elle peut être à nouveau réunie environ une semaine après que l'injonction a été ordonnée.

[25] *Babanaft International Co. SA c. Bassatne* [1990] Ch. 13 ; *Derby & Co. Ltd. c. Weldon* (No 1) [1990] Ch. 48 ; (Nos 3 & 4) [1990] Ch. 65 ; (No 6) [1990] 1 *WLR* 1139 ; *Republic of Haiti c. Duvalier* [1990] 1 *QB* 202 ; *Credit Suisse Fides Trust SA c. Cuoghi* [1997] 3 *All. E.R.* 724, AC 238 (P.C.).

[26] Cf. *infra* Nos 27 et s.

is the only remedy available under common law. The court assesses the advantages which an injunction of this kind would have for the plaintiff, and the disadvantages which would arise for the defendant. It can be ordered *ex parte*. It is sanctioned by contempt of court, *i.e.*, imprisonment, a fine or even the sequestration of assets. We also know that contempt places an offender on a special legal footing, by denying him access to the courts. But this is not an automatic sanction. It can be lifted by a special application, through an appeal against the decision which placed him in contempt, relying on the defence evidence submitted in other proceedings.[19]

13 An injunction is not merely permission to proceed to a protective measure, as for instance in French law. On the contrary, the court orders the injunction directly, and it is not therefore necessary to add any measure of execution *a posteriori*. All that need be done is to inform the person affected by the injunction that it exists. The information may be conveyed by any method.[20] Information about the measure, due to third parties who may detain assets belonging to the debtor, must be made by the debtor.

14 An injunction has no substantial effects. It does not alter the legal status of the assets belonging to the addressee. It does not confer on its beneficiary any real rights, of any kind, over the assets in question. It does not grant any preferential right in case of bankruptcy of the debtor. The addressee of the injunction may therefore continue to contract with third parties, and the validity of such contracts will only be placed in question if the third parties are in bad faith.

15 The *Mareva* injunction is of its nature a provisional measure. This means that, in order to persuade the court, the party seeking the injunction must prove that he has a chance of winning his case on the merits. The proof required is less exacting than the proof which must be brought on the merits. The applicant has simply to convince the court that he has sound arguments on his side (a good arguable case).[21] This is a very important condition, since the applicant has to bring suit on the merits in order to retain the benefit of the injunction. Although English law does not set any specific time limit for starting the proceedings on the merits, the court is free to order the injunction to be lifted if proceedings on the merits are not started, whether in the United Kingdom or in a foreign country if there is no international jurisdictional competence on United Kingdom territory.[22] If the applicant does not proceed on the merits, and does not come back to the court which ordered the injunction, it will remain in force until the defendant takes some action. If neither of the parties takes action, there is no specific expiry date set for the *Mareva* injunction.

16 The applicant must also give an undertaking to the court to repair any damage which the injunction may involve for the defendant or a third party. However, as when the injunction is actually awarded, the court's decision is discretionary. Cases may therefore occur in which the applicant does not have to give any specific undertaking.[23]

17 This system is of course based on the broad principles of procedure which apply in English courts. In particular, the applicant must come before the court with "clean hands" and must give the court full information about all the points which have to be considered before the injunction can be ordered. In the case of *ex parte* proceedings, it is essential that the applicant does not hide any significant part of the defence evidence which the defendant might submit if he were present. Moreover, the court's role does not come to an end once the order has been made. Normally, every new factor or development has to be reported to the court, so that it can update the measure or even cancel it if it sees fit to do so.

18 However, the proceedings soon become adversarial again. What normally happens is that as soon as the defendant has been informed, he will call for a court hearing, and this can take place very quickly.[24]

19 Finally, we note that, in its most recent evolution, the *Mareva* injunction applies to the whole of the defendant's assets, whether located in the United Kingdom or in a foreign country.[25] This evolution is the direct consequence of the *in personam* jurisdiction upon which the courts have the power to order such a measure.[26]

2 *Obligation of the debtor to disclose his assets (disclosure orders)*

20 *Mareva* injunctions, like attachment orders or sequestration measures, are useful only if the creditor is aware of the composition of the debtor's assets and knows where the assets are. However, in practice it is rare for the creditor to be unaware of these facts. The English courts have therefore devised a highly effective protective measure which compels the debtor to disclose to the creditor the composition of his assets (disclosure orders). Since it is an injunction, this order is addressed to the debtor himself. Because of the principle in English legal proceedings that there must be a hearing, proof is given by means of a deposition on oath by the debtor before the court. The debtor may also have to answer questions by the creditor in the course of this hearing. However, in spite of this oral procedure the court may require the debtor to furnish documentary proof of the statements he has made in court. The court may also appoint an expert to appraise the composition of the debtor's assets. These decisions carry the same sanctions as those provided for *Mareva* injunctions.

21 Several interesting developments are worthy of comment. First, a number of Commonwealth countries have

[19] S. Gee cites a decision in *Fakih Brothers v. A.P. Moller Ltd.* [1994] 1 *Lloyd's Rep.* 103. In this case, the defendants were barred from suing the plaintiffs (an anti-suit injunction) for a breach of both a choice of forum clause and a *Mareva* injunction. In spite of this ban, the defendants instituted proceedings in the courts of Sierra Leone. As a result, the English court made a distraint order on their assets in the UK, and refused them a hearing on their application to modify the terms of the injunction.

[20] RSC Order 45, rule 7 (6 a) and b)). It should also be noted that if the defendant was present when the decision was made, the view taken is that he is thereby immediately aware of the order and no further action is needed by the claimant.

[21] This condition is reflected in the Helsinki Principles adopted by the International Law Association, cited *supra* note 3. Principle No 4 reads as follows: "The grant of such relief should be discretionary. It should be available: a) on a showing of a case on the merits on a standard of proof which is less than that required for the merits under the applicable law [...]."

[22] In the Helsinki Principles (*ibid.*), no specific time limit is set for starting proceedings on the merits. Principle No 12 simply states: "It should be a condition for the court exercising jurisdiction to grant provisional and protective measures that a substantive action is filed within a reasonable time [...]."

[23] This is the principle adopted in the Helsinki Principles (*ibid.*). Principle No 8 reads as follows: "The court should have authority to require security or other conditions from the plaintiff for the injury to the defendant or to third parties which may result from the granting of the order. In determining whether to order security, the court should consider the availability of the plaintiff to respond to a claim for damages for such injury."

[24] In the Queen's Bench Division, a hearing can be organised within 48 hours. In the Chancery Division, the court can reconvene about one week after the award of an injunction.

[25] *Babanafi International Co. S.A. v. Bassatne* [1990] Ch. 13; *Derby & Co. Ltd. v. Weldon* (No 1) [1990] Ch. 48; (Nos 3 & 4) [1990] Ch. 65; (No 6) [1990] 1 *WLR* 1139; *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 QB 202; *Credit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi* [1997] 3 *All ER* 724, A.C. 238 (P.C.).

[26] See *infra* Nos 27 *et seq.*

adopté la mesure, comme le montre notamment l'affaire *Brannigan et al. c. Davison*[27], jugée sur appel d'une décision de la Nouvelle-Zélande par le *Judicial Committee* du *Privy Council*. En second lieu, cette mesure peut désormais être prise à l'appui de procédures se déroulant à l'étranger sans qu'il y ait une injonction *Mareva* en Angleterre.

22 Toutefois, une limite importante a été reconnue à l'obligation du débiteur de dévoiler la composition et la situation de son patrimoine. Il s'agit de l'application du privilège selon lequel le défendeur a le droit de ne pas s'auto-accuser. En conséquence, si l'information demandée par le requérant devait entraîner une possible poursuite pénale à l'encontre du défendeur, cette requête ne serait pas accueillie[28].

3 *Rapatriement des biens du débiteur*

23 Aujourd'hui, les tribunaux anglais peuvent enjoindre le débiteur de rapatrier sur le territoire anglais ses avoirs situés à l'étranger (*repatriation orders*). Cette mesure a, du point de vue du for, l'avantage de transformer une affaire internationale en procès purement interne puisque l'efficacité de la mesure sera d'autant plus grande que les biens seront finalement situés sur le territoire du juge qui ordonne l'injonction *Mareva*. Toutefois, on notera que cette mesure comporte nécessairement un effet extraterritorial puisqu'elle vise, initialement et par définition, des biens situés à l'étranger. Ainsi, on sera amené à se demander si un mécanisme conventionnel, établissant une forme de coopération internationale, éviterait la nécessité d'ordonner le rapatriement des biens du débiteur.

4 « Anton Piller orders »

24 L'ordonnance *Anton Piller* prend son nom de l'affaire dans laquelle elle a été prononcée pour la première fois[29]. Par cette ordonnance, le défendeur est obligé de donner accès à ses locaux de manière à permettre au représentant du demandeur de rechercher tout document, bien, élément de preuve, information ou autre matériel, sous quelque forme qu'ils se trouvent, et de les mettre sous séquestre, si besoin était en les déplaçant des locaux en cause. Cette obligation est souvent accompagnée d'obligations complémentaires: remettre les clés des locaux en cause, imprimer toute information contenue dans des ordinateurs, donner toute assistance nécessaire au bon déroulement de la recherche.

25 Cette mesure a été décrite comme l'une des deux armes nucléaires du droit[30], l'autre arme étant, bien entendu, l'injonction *Mareva*. La très grande efficacité de l'ordonnance *Anton Piller* vient de ce qu'elle est prononcée *ex parte*. Les conséquences très graves que la mise en œuvre de la mesure peut avoir à l'encontre du défendeur, combinées avec le fait qu'il n'a pas pu être entendu avant la mise en œuvre complète et totale de la mesure ont fait douter de sa conformité aux principes de la *Convention européenne des droits de l'homme*[31]. Toutefois, dans une affaire *Chappell c. United Kingdom*[32], la Commission des droits de l'homme de Strasbourg, approuvée par une Cour unanime, a finalement décidé que l'exécution de la mesure n'avait pas violé l'article 8 de la Convention. Dans la brève note qu'il consacre à cette affaire, Lawrence Collins critique assez vertement les proportions inflationnistes que prennent ces mesures *ex parte* dont il dit qu'elles sont souvent mises en application de manière abusive[33]. Il faut dire que, dans cette affaire *Chappell*, la cour d'appel à qui Chappell avait demandé d'annuler la mesure reconnaissait qu'elle avait été mise en œuvre en pratique de manière « *unfortunate and regrettable* »[34]. Toutefois, la Cour de Strasbourg avait été convaincue que le droit anglais possède, en lui-même, les sauvegardes nécessaires à la protection des droits des personnes en ce que l'ordonnance *Anton Piller* est normalement assortie d'une obligation par le représentant du demandeur d'avertir le défendeur du sens exact de l'ordonnance qui lui est signifiée ainsi que le droit qu'il a de prendre conseil à condition que cela soit fait immédiatement.

26 Par ailleurs, une ordonnance *Anton Piller* ne pourra être prononcée que dans l'hypothèse où le requérant démontre de manière très convaincante le sérieux de son action au fond, le dommage très important qu'il pourrait subir si la mesure n'était pas prononcée, une preuve éclatante que le défendeur est en possession de documents ou éléments de preuve constituant l'infraction et, enfin, qu'il existe une chance réelle et avérée que si la mesure n'était pas exécutée, le défendeur soit en mesure de détruire les éléments de preuve avant que l'action au fond ne puisse être pleinement engagée. Compte tenu de ces conditions, cette mesure a été le plus souvent accordée dans le domaine de la propriété intellectuelle, contrefaçon, piratage d'œuvres vidéo ou de logiciels[35].

Section 2 – Compétence internationale directe

27 C'est par la décision de 1979 dans l'affaire *The Siskina*[36] que la Chambre des Lords posa le principe selon lequel la compétence pour prononcer une injonction *Mareva* doit être une compétence *in personam* et que, dès lors, les règles normales de compétence juridictionnelle doivent être suivies. Selon ces principes: soit le défendeur se trouve physiquement présent dans le ressort juridictionnel et peut y recevoir l'assignation, dans ce cas, la compétence est obligatoire; soit le défendeur se trouve hors du ressort juridictionnel, alors l'*Order XI* des *Rules of Supreme Court* prévoit certaines hypothèses dans lesquelles les tribunaux anglais sont néanmoins compétents, à condition que le litige ait un lien avec l'ordre juridique anglais et que le juge accepte cette compétence qui est discrétionnaire, contrairement à celle fondée sur la présence du défendeur. Dans l'affaire *The Siskina*, le litige n'avait aucun lien avec l'Angleterre. Le défendeur n'y avait jamais été présent, ni domicilié, ni résident. Aucun acte matériel n'avait été accompli sur le territoire anglais; le contrat conclu en Italie contenait une clause d'élection de for en faveur des tribunaux génois et n'était pas régi par le droit anglais. Toutefois, le bateau était assuré par les *Lloyd's*, si bien que l'indemnité d'assurance pouvait être considérée comme « située » sur le territoire anglais. Toutefois, l'*Order XI* ne prévoit pas un chef de compétence fondé sur la présence de biens sur le territoire anglais. En conséquence, l'injonction *Mareva* ne pouvait pas être prononcée. Cette décision fut confirmée en 1995 par l'affaire *Mercedes Benz AG c. Leiduck*[37]. Dans cette affaire, la décision devait être prise par le *Privy Council* en appel d'une décision de Hong Kong. Le défendeur se trouvait à Monaco, État dans lequel le tribunal avait refusé de prononcer une mesure provisoire au profit de Mercedes Benz au motif que les biens du défendeur sur lesquels la mesure devait porter ne se trouvaient pas situés sur le territoire monégasque. Or, malgré cette impossibilité d'obtenir une mesure provisoire au lieu où

[27] Décision citée par C. McLachlan, « The jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation », 47 *ICLQ* 3 (1998).
[28] *Sociedade Nacional de Combustiveis de Angola OEE et al. c. Lundgvist et al.* [1991] 2 QB, 310.
[29] *Anton Piller K.G. c. Manufacturing Process Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.).
[30] *Bank Mellat c. Nikpour* [1985] FSR 87, à la p. 92.
[31] Voir L. Collins, « Anton Piller Orders and Fundamental Rights », 106 *The Law Quarterly Review* (1990), p. 173.
[32] [1989] *Series A*, vol. 152.
[33] *Op. cit.* note 31, à la p. 176.
[34] Dans cette affaire, en effet, pas moins de 16 ou 17 personnes s'étaient présentées dans les locaux appartenant à M. Chappell qui constituaient également son domicile. Parmi ces 16 ou 17 personnes, il y en avait plus de la moitié qui étaient des officiers de police, qui, en parallèle avec la mise en œuvre de l'ordonnance *Anton Piller* cherchaient également à exécuter des mandats de perquisition.
[35] Voir *Waardle Fabrics Ltd. c. G. Myristis Ltd.* [1984] F.S.R. 263; *Columbia Picture Industries c. Robinson* [1987] Ch. 38. Mais voir également, *W.E.A. Records c. Visions Channel 4* [1983] 1 *WLR* 721 (C.A.).
[36] Cf. *supra* note 17.
[37] [1995] III *WLR* 718.

adopted this measure, as we see for instance from the case of *Brannigan et al. v. Davison*,[27] decided on appeal from New Zealand by the Judicial Committee of the Privy Council. Secondly, this measure may in future be taken in support of foreign proceedings without the need for a *Mareva* injunction in England.

22 However, a significant restriction has been recognised on the debtor's obligation to disclose the composition and location of his assets. This is the application of the privilege whereby the defendant has the right not to incriminate himself. Consequently, if the information sought by the applicant may lead to possible criminal proceedings against the defendant, the application will not be granted.[28]

3 *Repatriation of the debtor's assets*

23 Nowadays, English courts can require a debtor to repatriate to England assets which he holds abroad (repatriation orders). From the viewpoint of the forum, this measure has the advantage of changing an international case into a purely domestic one, since the measure will be much more effective once the assets are finally located on the territory of the court which made the *Mareva* order. However, we note that this measure necessarily involves an extraterritorial effect, because it is directed, from the outset and by definition, against assets located abroad. We must therefore ask whether a treaty mechanism, introducing a method of international co-operation, would avoid the need for ordering repatriation of the debtor's assets.

4 Anton Piller *orders*

24 The *Anton Piller* order takes its name from the case in which it was made for the first time.[29] This order compels the debtor to give access to his premises to enable the claimant's representative to look for any documents, property, evidence, information or other materials, in whatever form, and to sequester them, if necessary by moving them out of the premises concerned. This requirement is often accompanied by additional obligations: to hand over the keys of the premises concerned, to print out any information held on computer, and to give any assistance required for the purposes of the investigation.

25 This measure has been described as one of the two nuclear weapons which the law possesses,[30] the other of course being the *Mareva* injunction. The reason why the *Anton Piller* order is so effective is that it is ordered *ex parte*. The extremely serious consequences which the enforcement of the order may have for the defendant, combined with the fact that he cannot be heard in court before the order becomes final, has raised the question whether it complies with the principles of the *European Convention on Human Rights*.[31] However, in the case known as *Chappell v. United Kingdom*,[32] the Commission on Human Rights in Strasbourg eventually decided, with the unanimous endorsement of the Court, that enforcement of the order had not violated Article 8 of the Convention. Lawrence Collins, in his brief note on this case, vigorously criticises the inflationary tendencies of these *ex parte* measures, saying that they are often abused in practice.[33] It has to be said that in this case the appeal court, which Chappell had asked to set aside the order, admitted that it had been applied in practice in an "unfortunate and regrettable" manner.[34] However, the Strasbourg court was persuaded that English law itself provides the safeguards needed to protect human rights, because the *Anton Piller* order normally carries an obligation on the part of the plaintiff's representative to warn the defendant of the exact meaning of the order served on him, and of his right to seek advice, as long as this is done immediately.

26 Moreover, an *Anton Piller* order may only be made if the applicant can persuasively show that he has a genuine case on the merits, that he would suffer significant damage if the order were not granted, clear proof that the defendant holds documents or evidence constituting the offence and, finally, that there is a real and admitted possibility that if the order is not executed, the defendant can destroy the evidence before proceedings can be brought on the merits. In view of these conditions, this type of order has been most frequently granted in the area of intellectual property, forgery, and the unlawful copying of video films or software.[35]

Section 2 – Direct international jurisdiction

27 It was in its 1979 decision in the case of *The Siskina*[36] that the House of Lords framed the principle that jurisdiction to order a *Mareva* injunction must be jurisdiction *in personam* and that accordingly, the ordinary rules of jurisdictional competence have to be followed. According to these principles, either the defendant is physically present within the jurisdiction, and can accept service of the order there, in which case jurisdiction is compulsory; or the defendant is outside the jurisdiction, in which case Order XI of the Rules of the Supreme Court provides for certain instances in which the English courts will nonetheless have jurisdiction, provided the case has a connection with the English legal system and the court accepts discretionary jurisdiction, as opposed to jurisdiction based on the presence of the defendant. In the case of *The Siskina*, the dispute had no connection with England. The defendant had never been there, it was not his home and he had never lived there. No substantive act had taken place on English territory; the contract, which had been concluded in Italy, contained a choice of forum clause in favour of the courts of Genoa, and was not governed by English law. However, the ship was insured by Lloyd's, so that the insurance money could be regarded as being "located" on English territory. But Order XI does not provide any ground of jurisdiction based on the presence of assets on English territory. Consequently, the *Mareva* injunction could not be ordered. This decision was confirmed in 1995 in the case of *Mercedes Benz AG v. Leiduck*.[37] In this case, the Privy Council had to decide an appeal from a Hong Kong decision. The defendant was in Monaco, a State in which the court had declined to order a provisional measure in favour of Mercedes Benz, because the defendant's assets against which the measure had to be taken were not on Monegasque territory. Yet in spite of the impossibility of obtaining a provisional measure in the place where the defend-

[27] This decision is cited by C. McLachlan, "The Jurisdictional Limits of Disclosure Orders in Transnational Fraud Litigation", 47 *ICLQ* 3 (1998).
[28] *Sociedada Nacional de Combustiveis de Angola OEE et al. v. Lundgvist et al.* [1991] 2 QB, 310.
[29] *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Process Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.).
[30] *Bank Mellat v. Nikpour* [1985] FSR 87, p. 92.
[31] See L. Collins, "Anton Piller Orders and Fundamental Rights", 106 *The Law Quarterly Review* (1990), p. 173.
[32] [1989] *Series A*, Vol. 152.
[33] *Op. cit.* note 31, at p. 176.
[34] In this case, in fact no fewer than 16 or 17 people had arrived at the premises belonging to Mr Chappell, which were also his home. Of these 16 or 17 people, more than half were police officers endeavouring to enforce search warrants as well as the *Anton Piller* order.
[35] See *Waardle Fabrics Ltd. v. G. Myristis Ltd.* [1984] F.S.R. 263; *Columbia Picture Industries v. Robinson* [1987] Ch. 38. But, see also *W.E.A. Records v. Visions Channel 4* [1983] 1 *WLR* 721 (C.A.).
[36] *Cf. supra* note 17.
[37] [1995] III *WLR* 718.

le défendeur avait sa résidence, le *Privy Council* confirmait la décision *The Siskina* et refusait de prononcer une injonction *Mareva* alors que le seul lien avec le territoire de Hong Kong se trouvait être la présence de biens.

28 Notons que, dans le cadre de la mise en œuvre en Grande-Bretagne des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la règle de compétence avait été modifiée par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* afin de pouvoir appliquer l'article 24 de cette Convention[38]. Mais, en droit commun, la décision *The Siskina* restait applicable. En 1997, le législateur anglais est intervenu afin d'élargir la règle de compétence spécifique aux Conventions de Bruxelles et de Lugano pour tous les autres cas et actions commencés, même à l'étranger, indépendamment de ces Conventions[39]. En conséquence, pour le territoire anglais et seulement pour le territoire anglais, la jurisprudence *The Siskina* et *Mercedes Benz* ne s'applique plus. En revanche, elle demeure d'application pour tous les territoires soumis à l'autorité des précédents du *Privy Council*.

29 La compétence juridictionnelle *in personam* entraîne la possibilité de donner effet à l'injonction *Mareva*, non seulement sur les biens situés au Royaume-Uni mais également sur ceux situés à l'étranger. Par trois décisions rendues en 1988, la *Court of Appeals* en décida ainsi[40]. Dans les années récentes, plusieurs autres décisions ont été rendues, y compris dans les pays de *common law* qui suivent l'exemple anglais. C'est ainsi que l'on peut citer des décisions en Irlande[41], à Jersey[42], Île de Man[43] et au Canada[44]. Une solution identique avait déjà été donnée par les juridictions australiennes et de Hong Kong.

30 Par ailleurs, les mêmes règles de compétence internationale directe s'appliquent pour les *disclosure orders* et les *repatriation orders* que celles qui ont été exposées ci-dessus pour les injonctions *Mareva*. Ce sont, en effet, également des mesures *in personam*, elles peuvent concerner l'intégralité du patrimoine mondial du débiteur et non pas seulement les biens situés sur le territoire anglais.

31 Pour un auteur, les ordonnances *Anton Piller* sont justifiées uniquement par le pouvoir d'exécution du tribunal[45]. C'est pourquoi, ces ordonnances devraient être limitées aux locaux situés sur le territoire du tribunal qui statue. Toutefois, la jurisprudence anglaise ne semble pas, pour le moment, aller dans ce sens. Dans une affaire *Cook Industries Inc. c. Galliher*[46], le juge Templeman a accepté de prononcer une ordonnance *Anton Piller* alors que les objets en cause se trouvaient dans un appartement à Paris. Dans une affaire subséquente[47], le juge Scott a refusé d'aller aussi loin mais sans désavouer le résultat obtenu dans l'affaire *Cook Industries*. La différence entre les deux affaires réside dans les circonstances factuelles. Dans *Cook Industries*, le défendeur habitait en Grande-Bretagne une partie de l'année et le juge anglais avait vraisemblablement compétence envers lui. Dans *Altertext*, la compétence *in personam* des juridictions anglaises n'était pas avérée et le juge préféra s'abstenir. Toutefois, comme le dit très justement C. McLachlan[48], même si le juge avait compétence à l'égard du défendeur, cette compétence était inefficace pour lui permettre de se prononcer vis-à-vis de locaux situés à l'étranger.

32 Enfin, nous devons voir quel est l'impact d'une clause d'élection de for sur le droit des parties d'obtenir des mesures conservatoires devant un autre tribunal que celui compétent sur le fond. Les tribunaux anglais ont eu à se prononcer sur cette question dans une affaire très ancienne *Law c. Garrett*[49]. La Cour, dans cette affaire, décida que, malgré l'existence d'une clause d'élection de for au profit du tribunal de commerce de Saint-Pétersbourg, à qui était conférée compétence exclusive pour tout litige issu du contrat, les tribunaux anglais demeuraient libres d'ordonner des mesures conservatoires à condition qu'elles ne soient pas disponibles en Russie[50]. On verra qu'en France, la tendance de la jurisprudence a plutôt été inverse[51].

Section 3 – Reconnaissance et exécution

33 Cette question est quasi systématiquement laissée sous silence par la doctrine[52].

34 En droit anglais, le principe classique veut que, pour être reconnue ou exécutée, la décision étrangère soit définitive (*final*), en ce sens qu'elle met un terme définitif au litige existant entre les parties. Or, traditionnellement, les mesures provisoires ou conservatoires n'entrent pas dans cette catégorie[53]. Il semble donc qu'en droit commun il n'y ait pas encore de possibilité de reconnaître ou exécuter sur le territoire britannique, une mesure conservatoire étrangère[54]. Toutefois, une décision très récente de la *Court of Appeals* pourrait annoncer un changement d'attitude. Il s'agit de l'affaire *Credit Suisse Fides Trust c. Cuoghi*[55]. Certes, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'effet d'une décision étrangère. Mais elle souligne que si la juridiction suisse (saisie au fond) s'était prononcée sur la demande de mesure conservatoire (injonction *Mareva* et obligation pour le débiteur de dévoiler la composition de son patrimoine), elle se serait abstenue de se prononcer elle-même. Lord Millett s'exprime ainsi :

> « *It is becoming widely accepted that comity between the courts of different countries requires mutual respect for the territorial integrity of each other's jurisdiction, but that this should not inhibit a court in one jurisdiction from rendering whatever assistance it properly can to a court in another in respect of assets located or persons resident within the territory of the former.* »

Il n'est donc pas totalement exclu que l'on assiste à une nouvelle évolution du droit anglais qui admettrait la reconnaissance et l'exécution de mesures conservatoires prononcées à l'étranger.

[38] Sur ce texte, cf. *infra* Nos 147 et s.
[39] Cet amendement au *Civil Jurisdiction and Judgment Act* de 1982 est entré en vigueur le premier avril 1997.
[40] *Babanaft Co. S.A. c. Bassatne* [1990] Ch 13 ; *Rep. of Haiti c. Duvalier* [1990] QB 202 ; *Derby and Co. Ltd. c. Weldon* [1990] Ch 48 et 65.
[41] *Deutsche Bank AG c. Murtagh* [1995] 1 ILRL 381 (HC).
[42] *Maugher c. VHM* [1989] JLR 295.
[43] *In Re Acet Management Ltd.* [1993-1995] 1 MLR 185.
[44] *Mooney c. Orr* [1995] 1 WWR 517 (BSSC). Voir également J.A. Epp, « World-wide Mareva Injunctions in common law Canada », *LQR* 460 (1996).
[45] Cf. McLachlan (*op. cit.* note 27), aux p. 20 et 21.
[46] [1979] ch. 439.
[47] *Altertext c. Advanced Data* [1985] 1 *WLR* 457.
[48] *Op. cit.* note 27, p. 20.
[49] [1878] 8 ch. D. 26.
[50] Une solution similaire sera donnée quelques cent années plus tard dans l'affaire *Mike Trading & Transport Ltd. c. C.R. Pagnan & Tratelli (The Lisboa)* [1980] 2 *Lloyd's Rep.* 546.
[51] Cf. *infra* No 103.
[52] Un auteur fait exception : L. Collins (*op. cit.* note 15). Il ne fait guère de doute qu'avant la création de mesures dirigées contre la personne du défendeur et non pas seulement de ses biens, on pouvait douter de la pertinence de la question. En effet, il y avait un lien direct et nécessaire entre la compétence juridictionnelle pour prononcer la mesure et le lieu d'exécution. À partir du moment où la mesure n'est plus seulement prononcée à l'encontre de biens, la question de son effet à l'étranger se pose ou, ici, de l'effet au Royaume-Uni d'une mesure prononcée à l'étranger.
[53] L. Collins (*ibid.*), à la p. 121. Voir *Nouvion c. Freeman* (1989) 15 App Cas 1, 9 ; *Blohn c. Desser* [1962] 2 QB 116 ; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner and Keeler Ltd.* [1967] 1 AC 853.
[54] La question est réglée de manière différente en vertu des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cf. *infra* Nos 147 et s.
[55] [1997] 3 *All ER* 74.

ant was living, the Privy Council confirmed the decision in *The Siskina* and refused to order a *Mareva* injunction, since the only connection with Hong Kong territory was the presence of assets there.

28 We note that when the Brussels and Lugano Conventions had to be implemented in Britain, the jurisdictional rule was altered by the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, so that Article 24 of the Convention could be applied.[38] But under non-conventional law, the decision in *The Siskina* continued to apply. In 1997 the UK legislature acted to extend the jurisdictional rule peculiar to the Brussels and Lugano Conventions to all other cases and actions begun, even abroad, independently of the Conventions.[39] Consequently, for UK territory and only for UK territory, the precedent of *The Siskina* and *Mercedes Benz* cases does not apply. It does however continue to apply in all territories covered by the authority of precedents by the Privy Council.

29 Jurisdictional competence *in personam* brings with it the possibility of giving effect to a *Mareva* injunction, not only for assets located in the United Kingdom, but also for assets located abroad. This is what the Court of Appeal decided in three 1988 decisions.[40] In recent years, several more decisions have been handed down and extended to the common law countries which follow the UK example. Thus similar decisions have been made in Ireland,[41] Jersey,[42] the Isle of Man[43] and Canada.[44] An identical solution had already been reached by the courts in Australia and Hong Kong.

30 Moreover, the same rules of direct international jurisdiction apply to disclosure orders and repatriation orders as those explained above for *Mareva* injunctions. In fact, these are also measures *in personam*; they may affect the whole of the debtor's property anywhere in the world, not only assets located on UK territory.

31 One writer takes the view that *Anton Piller* orders are only justified if the court is able to enforce them.[45] Thus the orders should only be made for places on the territory of the court granting them. However, for the moment at least, the English courts do not seem to be taking this line. In the case of *Cook Industries Inc. v. Galliher*,[46] Judge Templeman agreed to make an *Anton Piller* order although the articles in question were in a flat in Paris. In a later case,[47] Judge Scott declined to go as far as this, but did not disclaim the finding in the *Cook* case. The difference between the two cases lies in the factual circumstances. In *Cook Industries*, the defendant was living in Britain for part of the year, and the English courts probably had jurisdiction as far as he was concerned. In *Altertext*, no claim was made that the English courts had jurisdiction *in personam*, and the judge preferred to refrain from a decision. However, as C. McLachlan rightly points out,[48] even if the court had jurisdiction over the defendant, that did not mean it had the power to make a decision about premises located abroad.

32 Finally, we must look at the impact of a choice of forum clause on the right of the parties to obtain protective measures from a court other than the one with jurisdiction for the merits. The English courts had to rule on this question in a very old case, *Law v. Garrett*.[49] In this case, the court decided that despite the existence of a choice of forum clause in favour of the Commercial Court of St Petersburg, which had exclusive jurisdiction for any disputes arising out of the contract, the English courts remained free to order protective measures, provided they were not available in Russia.[50] We will see that in France, the trend of the jurisprudence has been rather in the opposite direction.[51]

Section 3 – Recognition and enforcement

33 Legal writings virtually ignore this question.[52]

34 In English law, the traditional principle is that a foreign decision, in order to be recognised or enforced, must be final, in the sense that it brings an end to the dispute between the parties. But traditionally, provisional or protective measures do not fall into this category.[53] It therefore seems that in non-conventional law there is as yet no way of recognising or enforcing a foreign protective measure on British territory.[54] However, a very recent decision by the Court of Appeal may herald a change of attitude. This is the case of *Credit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*.[55] Of course, in this case the court did not have to decide on the effect of a foreign decision. But it points out that if the Swiss court (which was dealing with the merits) had made a decision on the application for a protective measure (a *Mareva* order and an obligation on the debtor's part to disclose the composition of his assets), it would have held back from making a ruling. Lord Millett puts it this way:

> "It is becoming widely accepted that comity between the courts of different countries requires mutual respect for the territorial integrity of each other's jurisdiction, but that this should not inhibit a court in one jurisdiction from rendering whatever assistance it properly can to a court in another in respect of assets located or persons resident within the territory of the former."

Thus, it is not impossible that English law evolve again and admit recognition and enforcement of protective measures rendered in a foreign country.

[38] On this provision, see *infra* Nos 147 *et seq.*
[39] This amendment to the Civil Jurisdiction and Judgments Act of 1982 came into force on 1 April 1997.
[40] *Babanaft Co. S.A. v. Bassatne* [1990] Ch 13; *Rep of Haiti v. Duvalier* [1990] QB 202; *Derby and Co. Ltd. v. Weldon* [1990] Ch. 48 and 65.
[41] *Deutsche Bank AG v. Murtagh* [1995] I ILRL 381 (HC).
[42] *Maugher v. VHM* [1989] JLR 295.
[43] *In Re Acet Management Ltd.* [1993–1995] I MLR 185.
[44] *Mooney v. Orr* [1995] I WWR 517 (BSSC). See also J.A. Epp, "World-wide Mareva Injunctions in Common Law Canada", *LQR* 460 (1996).
[45] *Cf.* C. McLachlan (*op. cit.* note 27), at pp. 20 and 21.
[46] [1979] Ch. 439.
[47] *Altertext v. Advanced Data* [1985] 1 *WLR* 457.
[48] *Op. cit.* note 27, p. 20.
[49] [1878] 8 ch. D. 26.
[50] A similar solution was adopted about a century later in the case of *Mike Trading & Transport Ltd. v. C.R. Pagnan & Tratelli (The Lisboa)* [1980] 2 *Lloyd's Rep.* 546.
[51] *Infra* No 103.
[52] There is an exception: L. Collins (*op. cit.* note 15). There is no doubt that before measures were invented against the person of the defendant, as opposed to just his property, the question might have seemed irrelevant. There was already a direct and necessary connection between the court's jurisdiction to grant the order and the place of enforcement. As soon as the order is not merely one against property, the question arises of its effects abroad, or in this instance, the effect in the United Kingdom of an order granted abroad.
[53] L. Collins (*ibid.*), at p. 121. See *Nouvion v. Freeman* (1989) 15 App Case 1,9; *Blohn v. Desser* [1962] 2QB 116; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* [1967] 1 AC 853.
[54] The question is governed differently by the Brussels and Lugano Conventions. *Cf. infra* Nos 147 *et seq.*
[55] [1997] 3 *All ER* 74.

35 La jurisprudence américaine[56] sur les mesures provisoires et conservatoires dans les relations privées internationales est étonnamment peu abondante. Quelques arrêts sont constamment cités par tous les auteurs. Le *Restatement (Third)* sur *The Foreign Relations Law of the United States* aborde à peine la question[57].

Section 1 – Description des mesures

36 Il existe essentiellement deux catégories de mesures : les injonctions et les saisies (*attachment* ou *garnishment*).

1 *Les injonctions*

37 Les injonctions sont essentiellement de deux sortes : «*preliminary injunctions*» et les «*temporary restraining orders*». Une règle fédérale existe (la *Rule* 65 des Règles fédérales de procédure civile) qui prévoit notamment que les injonctions doivent être ordonnées après une procédure contradictoire. Toutefois, une exception est faite pour les *temporary restraining orders* qui peuvent être ordonnés *ex parte* à condition que le requérant démontre l'urgence exigeant qu'une telle mesure soit accordée. La règle 65 s'applique dans tous les cas où les tribunaux fédéraux sont compétents[58]. Les états fédérés, quant à eux, se partagent en trois catégories[59] : dans la première se trouvent les états dont les lois mentionnent spécifiquement les injonctions permettant d'empêcher la dissipation des avoirs par la partie à l'encontre de laquelle la mesure est ordonnée[60] ; la deuxième comprend les états qui parlent en termes généraux d'une injonction destinée à empêcher le défendeur d'agir au détriment de l'efficacité d'un jugement à intervenir[61] ; quant à la troisième, elle regroupe les états qui, soit laissent la matière essentiellement à la jurisprudence avec très peu de dispositions législatives[62], soit mentionnent les injonctions sans aucune précision sur les objectifs poursuivis par de telles mesures[63].

38 Un auteur rapporte que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les parties ne semblent pas se servir très souvent de ces possibilités lorsque le procès a lieu à l'étranger car très peu de décisions sont publiées prononçant de telles injonctions[64]. Le même auteur donne l'exemple d'injonctions rendues pour obliger une partie qui a consenti à une clause d'élection de for ou clause d'arbitrage à se défendre dans le pays du tribunal élu ou devant le tribunal arbitral. Mais, compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, nous ne traiterons pas de ce type d'injonctions dans la présente étude[65].

39 Une explication de ce manque d'enthousiasme pourrait tenir à la nature particulière de l'injonction en droit anglo-américain. Il s'agit, en effet, d'une mesure issue de l'*equity* et non du *common law*. Ce serait pour cette raison que certaines juridictions fédérales auraient refusé de prononcer de telles injonctions lorsque le litige sur le fond ne porte pas sur le droit tiré de l'*equity* mais qu'il s'agit d'un litige classique pour dommages et intérêts en vertu du *common law*. Toutefois, il semble que la pratique des tribunaux fédéraux varie profondément sur cette question[66]. De la même manière, la pratique des états varie. Même ceux qui peuvent prononcer de telles mesures ne le font qu'avec réticence et non sans s'être assurés au préalable qu'aucune autre mesure issue du *common law* ne peut être prononcée.

40 En vertu de la règle 65, aucune injonction, de quelque nature qu'elle soit, ne peut être ordonnée sans que le requérant donne une garantie pour payer les frais et dommages et intérêts qui seraient attribués à une quelconque partie ayant subi un préjudice en raison d'une injonction de faire ou de ne pas faire éventuellement rendue à tort. Il nous semble que ce texte peut également expliquer le nombre limité d'affaires rapportées. Les requérants doivent hésiter sérieusement avant de demander une injonction et doivent être absolument certains qu'ils sont dans leur droit avant de le faire.

41 Les injonctions de cette nature ne sont pas fonction d'une éventuelle saisie. En effet, elles peuvent être prononcées indépendamment d'une saisie. La plus fameuse décision en ce sens fut celle rendue à l'encontre de l'ex-Président des Philippines, Marcos, son épouse et d'autres personnes[67]. La Cour d'appel du neuvième circuit enjoignit les époux Marcos de disposer de leurs biens pour d'autres dépenses que leurs frais d'avocats et leurs dépenses courantes. L'injonction s'adressa aux Marcos en personne et n'était pas une décision *in rem*. En conséquence, elle s'appliquait à tous les biens appartenant aux Marcos, quelle que soit leur situation géographique[68].

42 Certes les tribunaux reconnaissent qu'il est parfois difficile de faire exécuter des injonctions lorsque le défendeur réside dans un pays étranger. Toutefois, tout comme les tribunaux anglais, les tribunaux américains peuvent décider que le défendeur qui refuse d'exécuter l'injonction est «*in contempt*» ce qui pourra concrètement se traduire par une amende ou une arrestation.

43 Une autre sorte d'injonction a également été prononcée par les tribunaux américains : le rapatriement de biens situés sur un territoire étranger[69]. Dans l'affaire *Inter-Regional*

[56] Certaines discussions que l'on trouve dans la jurisprudence et la doctrine américaines montrent que, parfois, les tribunaux américains considèrent qu'ils sont appelés à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires non seulement pour aider une des parties à un litige jugé à l'étranger mais aussi pour venir en aide à la justice [aux tribunaux] de ce pays. Pour un écho de cette manière de voir, on peut consulter G.A. Bermann, «Transnational Provisional Relief in the Courts», *in* J.L. Goldsmith (dir.), *International Dispute Resolution – The Regulation of Forum Selection*, New York, Transnational Publishers Inc., 1997, p. 99 et s.

[57] Sauf erreur de notre part, le *Restatement* mentionne seulement l'affaire *Laker* et la saga des *anti-suit injunctions* et *counter anti-suit injunctions* prononcées par les tribunaux anglais et américains (cf. vol. 1, p. 252, No 7) et les interdictions de transférer des avoirs à l'étranger avec l'affaire *United States c. First National City Bank (Omar)*, 379 U.S. 378 (1965), décision prise à la requête des autorités fiscales américaines (cf. vol. 1, p. 326, No 4).

[58] Les tribunaux fédéraux sont notamment compétents lorsque le litige porte sur certaines matières ayant fait l'objet d'une réglementation fédérale (par ex. la faillite ou le droit des titres financiers) ou lorsqu'il y a *diversity of citizenship*, c'est-à-dire lorsque les parties sont de «nationalité» différente, alors que le montant en litige excède 50 000 dollars.

[59] Ces catégories sont proposées par T. McEvoy, «The Preliminary Injunction as a Prejudgment Security Device in the United States», chapitre 5 d'une thèse en préparation pour l'Université de Virginie sur les mesures conservatoires.

[60] Alaska, Californie, Dakota du Nord, Dakota du Sud, Idaho, Indiana, Minnesota, Montana, Washington.

[61] Arizona, Californie, Caroline du Nord, Kansas, Kentucky, Missouri, Nevada, New York, Oklahoma, Oregon, Texas, Wisconsin.

[62] C'est le cas de la Virginie de l'Ouest.

[63] La plupart des états en disposent ainsi dans leur code de procédure civile.

[64] G.A. Bermann (*op. cit.* note 56) qui cite à son tour D. Westin & P. Chrocziel, «Interim Relief Awarded by U.S. and German Courts in Support of Foreign Proceedings», 28 *Colum. J. Transnat'l L.*723 (1990). B.A. Ristau parvient également à une telle conclusion, cf. «Extraterritorial Provisional Measures» *in* J.L. Goldsmith (*op. cit.* note 56), p. 159 et s.

[65] Cf. *supra* note 11.

[66] T. McEvoy (*op. cit.* note 59) rapporte deux séries de décisions. Les premières suivent la première branche de l'alternative mentionnée au texte (pas d'injonction pour un litige au fond portant sur des dommages et intérêts. *In re Fredeman Litigation* 843 F.2d 821 (5th Cir., 1988) ; *Mitsubishi* 14 F. 3d 1507 (11th Cir., 1994) ; *Ashland Oil Inc. c. Gleave* 540 F.Supp. 81, 85-86 (1982). P. Schlosser, «Coordinated Transnational Interaction in Civil Litigation and Arbitration», 12 *Michigan Journal of International Law* (1990), p. 150, à la p. 155. Les secondes, au contraire, admettent les injonctions même dans ce cas : *Hoxworth c. Blinder* 903 F.2d 186 (3rd Cir., 1990) ; *Productos Carnic SA c. Central American Beef and Seafood Trading Co.* 621 F.2d 683 (5th Cir., 1980) ; *Ebsco Industries Inc. c. Lilly* 840 F.2d 333 (6th Cir., 1985) ; *Teradyne Inc. c. Mostek Corp.* 797 F.2d 43 (1st Cir., 1986) ; *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation* 25 F.3d 1467 (9th Cir., 1994).

[67] *Republic of Philippines c. Marcos*, 862 F.2d 1355 (9th Cir. 1988), *cert. denied*, 490 U.S. 1035 (1989).

[68] Un résultat similaire est obtenu par la décision *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litig.* 25 F.3d 1467 (9th Cir. 1994, *cert. denied*, 115 S. Ct. 934 (1995). Pour de nombreuses autres décisions, voir G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), aux p. 108 et 109. Voir également, *United States c. First National City Bank* 379 U.S. 378 (1965). Finalement, il semble que parmi les circuits, seuls les cinquième et onzième n'autorisent pas le prononcé d'une injonction pour éviter que le défendeur ne dissipe ses avoirs alors que l'action au fond est une action de *common law* et non une action en *equity*. Voir par ex. *Mitsubishi International Corp. c. Cardinal Textile Sales* 14 F.3d 1507 (11th Cir. 1994).

[69] Cf. droit anglais *supra* No 12.

35 There is remarkably little American case law[56] on provisional and protective measures in international relations of a private character. The same few judgments are constantly cited by all the writers. The Restatement (Third) on the Foreign Relations Law of the United States of America hardly touches upon the question.[57]

Section 1 – Description of the measures

36 In essence, there are two kinds of measures: injunctions and seizures (called attachment or garnishment).

1 *Injunctions*

37 Injunctions are essentially of two kinds: "preliminary injunctions" and "temporary restraining orders". There is a Federal Rule (Rule 65 of the Federal Rules of civil procedure) which provides that injunctions must be ordered following a hearing *inter partes*. However, an exception is made for temporary restraining orders, which may be ordered *ex parte* on condition the applicant is able to show the requisite degree of urgency for making such an order. Rule 65 applies in all cases where the federal courts have jurisdiction.[58] As for the states of the federation, they fall into three categories.[59] In the first are the states whose laws specifically mention injunctions to prevent the disposal of property by the party against whom the measure is ordered.[60] The second consists of states which refer in general terms to an injunction intended to prevent the defendant from acting to undermine the effects of a judgment yet to be made.[61] As for the third, it comprises those states which either leave the matter basically to be decided through case law, and provide very few legislative pointers,[62] or which mention injunctions but do not spell out what they are supposed to achieve.[63]

38 One author notes that contrary to what one might expect, the parties do not seem to make much use of these possibilities when the case is being heard abroad, as few decisions are published containing injunctions of this kind.[64] The same author gives the example of judgments given to compel a party who has consented to a choice of forum clause or an arbitration clause to defend himself in the country of the chosen court or before the arbitration tribunal. But in view of what has been said above, we will not consider this type of injunction in our study.[65]

39 One explanation for this lack of enthusiasm could be the special nature of the injunction in Anglo-American law. In fact, this is a measure deriving from equity rather than from common law. For this reason, some federal courts have declined to order these injunctions when the case on the merits does not bear upon a right derived from equity, but is a typical case for damages under the common law. However, the practice of the federal courts on this matter seems to vary widely.[66] Practice also varies in the courts of the different states. Even those which could order such measures are reluctant to do so, and will not order them without first satisfying themselves that there is no other measure available under common law.

40 Under Rule 65, no injunction of any kind can be ordered unless the applicant gives a guarantee that he will pay costs and damages awarded to any party who may have suffered because of an injunction to do or not do something which has been wrongly ordered. We think this rule may also help to explain the small number of reported cases. Applicants must think seriously before seeking an injunction, and must be absolutely certain that they are in the right before doing so.

41 Injunctions of this kind do not depend on an attachment taking place. In fact, they can be ordered quite independently of an attachment. The most famous decision in this sense was the one made against ex-President Marcos of the Philippines, his wife and other persons.[67] The Court of Appeal of the Ninth Circuit ordered the Marcos couple to dispose of their assets in order to pay costs other than their legal fees and current expenditure. The injunction is addressed to them in person, and is not a decision *in rem*. Consequently, it applies to all the property belonging to the Marcos couple, wherever its geographical location.[68]

42 Admittedly, the courts recognise that it is sometimes difficult to enforce injunctions when the defendant is living in a foreign country. However, American courts, like the English courts, may decide that a defendant who refuses to obey the injunction is in contempt, which may result in practice in a fine or an arrest.

43 Another kind of injunction has also been ordered by American courts: the repatriation of assets located on foreign territory.[69] In the case of *Inter-Regional Financial Group,*

[56] Some of the comments found in U.S. case law and legal writings indicate that the U.S. courts sometimes take the view that they are required to order provisional or protective measures not only to assist one of the parties to a case being settled abroad, but also to assist the courts of the country concerned. For an echo of this approach, one may consult G.A. Bermann, "Transnational Provisional Relief in the Courts", in J.L. Goldsmith (ed.), *International Dispute Resolution – The Regulation of Forum Selection*, New York, Transnational Publishers Inc., 1997, pp. 99 *et seq.*

[57] Unless we are mistaken, the Restatement refers only to the *Laker* case and the saga of anti-suit injunctions and counter anti-suit injunctions awarded by English and U.S. courts (*cf.* Vol. 1, p. 252, No 7) and the bans against transferring assets abroad in the case of *United States v. First National City Bank (Omar)*, 379 US 378 (1965), a decision rendered on the application of the U.S. tax authorities (*cf.* Vol. 1, p. 326, No 4).

[58] The Federal courts have jurisdiction, notably, when the litigation involves certain subject matters which are regulated by federal law (for example, bankruptcy or securities law), or when there is diversity of citizenship, *i.e.*, when parties to the case are of different "nationality" and the amount at stake is more than USD 50,000.

[59] These are the categories suggested by T. McEvoy, "The Preliminary Injunction as a Prejudgment Security Device in the United States", Chapter 5 of a thesis on protective measures in preparation for the University of Virginia.

[60] Alaska, California, Idaho, Indiana, Minnesota, Montana, North Dakota, South Dakota, Washington.

[61] Arizona, California, Kansas, Kentucky, Missouri, Nevada, New York, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Texas, Wisconsin.

[62] This applies to West Virginia.

[63] Most states have provisions of this kind in their codes of civil procedure.

[64] G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), who refers in turn to D. Westin and P. Chrocziel, "Interim Relief Awarded by U.S. and German Courts in Support of Foreign Proceedings", 28 *Colum. J. Transnat'l L.* 723 (1990). B.A. Ristau comes to the same conclusion; *cf.* "Extraterritorial Provisional Measures" in J.L. Goldsmith (*op. cit.* note 56), pp. 159 *et seq.*

[65] *Cf. supra* note 11.

[66] T. McEvoy (*op. cit.* note 59) mentions two kinds of decisions. The first kind follows the first of the two options referred to in the text (no injunction for a case on the merits for damages). *In re Fredeman Litigation* 843 F. 2d 821 (5th Cir. 1988); *Mitsubishi* 14 F. 3d 1507 (11th Cir. 1994); *Ashland Oil Inc. v. Gleave* 540 F. Supp. 81, 85-86 (1982). P. Schlosser, "Coordinated Transnational Interaction in Civil Litigation and Arbitration" (1990) 12 *Michigan Journal of International Law*, 150, 155. The second kind, however, makes room for injunctions even in these cases: *Hoxworth v. Blinder* 903 F. 2d 683 (5th Cir. 1980); *Productos Carnic SA v. Central American Beef and Seafood Trading Co.* 621 F. 2d 683 (5th Cir. 1980); *Ebsco Industries Inc. v. Lilly* 840 F. 2d 333 (6th Cir. 1985); *Teradyne Inc. v. Mostek Corp.* 797 F. 2d 43 (1st Cir. 1986); *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation* 25 F. 3d 1467 (9th Cir. 1994).

[67] *Republic of Philippines v. Marcos*, 862 F. 2d 1355 (9th Cir. 1988), cert. denied, 490 US 1035 (1989).

[68] There was a similar result in the decision made in *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litig.* 25 F. 3d 1467 (9th Cir. 1994), cert. denied, 115 S. Ct. 934 (1995). For a number of other decisions, see G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), at pp. 108 and 109. See also *United States v. First National City Bank* 379 US 378 (1965). Finally, it seems that of the various circuits, only the fifth and ninth do not permit the award of an injunction to prevent the defendant from disposing of his assets where the case on the merits is a common law action, not a case in equity. See for instance *Mitsubishi International Corp. v. Cardinal Textile Sales* 14 F. 3d 1507 (11th Cir. 1994).

[69] *Cf.* the English law, *supra* No 12.

Financial Group, Inc. c. Hashemi[70], en application du droit du Connecticut, il a été fait injonction au défendeur de remettre entre les mains du greffe du tribunal les certificats d'actions[71] afin de permettre leur saisie. La *Securities and Exchange Commission*, gendarme de la bourse aux États-Unis, a obtenu plusieurs fois le rapatriement d'avoirs provenant des profits obtenus en violation des règles applicables aux titres[72]. D'autres décisions peuvent également être citées dans des affaires purement commerciales où le rapatriement d'avoirs inscrits sur des comptes bancaires a été ordonné, que les comptes en cause soient situés aux États-Unis ou à l'étranger[73].

44 Enfin, le juge peut également compléter la saisie par une injonction faite au défendeur de ne pas déplacer le bien en cause hors du territoire[74]. La mesure de saisie ne suffit-elle pas à empêcher le défendeur d'agir ainsi ? On aurait pu le penser. Il est clair, en tout cas, que les juges américains ont le pouvoir de prononcer des injonctions, qu'elles soient ou non assorties de mesures de saisie. Toutefois, dans l'affaire *Carolina Power & Light Co. c. Uranex*[75], la Cour a probablement craint que l'injonction ne soit pas respectée et qu'elle n'ait aucun moyen de la faire exécuter. C'est pourquoi elle a ordonné la saisie et, en plus, prononcé une injonction. On peut se demander si la Cour avait compétence pour prononcer une telle injonction dans la mesure où elle suppose une compétence *in personam* envers le défendeur, ce que la Cour n'avait probablement pas[76].

2 *Les saisies*

45 En ce qui concerne les saisies, elles peuvent être ordonnées afin de garantir l'exécution d'un jugement dans la mesure où il est à craindre que le défendeur ne se rende insolvable avant que le jugement n'ait été rendu. Mais, cette saisie n'est pas réglementée par le droit fédéral[77]. La *Rule* 64 des Règles fédérales de procédure civile précise qu'un tribunal fédéral doit prononcer une telle mesure si le droit de l'état fédéré dans lequel il siège en dispose ainsi[78]. Force est de constater que le droit des états varie sur cette question. Dans certains états comme celui de New York, il faut que le demandeur à la saisie démontre qu'il a des chances sérieuses de gagner le procès au fond, qu'il est probable que le défendeur disposera de ses biens avant que l'on puisse exécuter le jugement à intervenir et qu'il existe un réel besoin d'une mesure draconienne[79].

46 La saisie a lieu sur les biens du défendeur situés dans l'État qui accepte de prendre la décision. Cette mesure est donc essentiellement de nature *in rem*. La nationalité étrangère de l'une ou l'autre des personnes en présence (demandeur ou défendeur à la saisie) n'a aucune incidence sur la décision des juges. Seule importe la présence du bien à saisir sur le territoire du tribunal appelé à statuer[80]. Certes, les tribunaux se prononcent rarement de manière explicite sur cette question. Toutefois, la solution ne fait guère de doute compte tenu de la définition qui est donnée de la mesure dite d'*attachment*[81]. C'est pourquoi, la pratique des injonctions de rapatriement des biens sur le territoire du tribunal saisi s'est développée, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus[82].

47 Les conditions factuelles dans lesquelles la saisie peut être prononcée ne sont pas clairement définies. D'un côté, un tribunal de district du Maryland refuse de prononcer une saisie conservatoire en attendant l'issue d'une procédure pendante dans une autre juridiction (en l'occurrence la Louisiane), dans la mesure où il estime qu'une saisie conservatoire ne peut être ordonnée que s'il est démontré par le demandeur que le défendeur est sur le point de déplacer le bien en cause[83] ou qu'il existe des circonstances extraordinaires montrant une urgence certaine[84].

48 D'un autre côté, dans les affaires qui ont autorisé de telles saisies[85], les juges n'ont pas exigé la démonstration d'une fraude ou de l'urgence pour prononcer la saisie. Par ailleurs, certaines lois étatiques, telle celle de New York, autorisent les juges à prononcer une saisie lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans l'État ou est une société non autorisée à avoir des activités commerciales dans cet État[86]. On verra ci-dessous qu'il existe une règle similaire en Allemagne, dont la Cour de justice des Communautés européennes a dit qu'elle est discriminatoire dans le cadre des relations propres à la Convention de Bruxelles[87].

49 La jurisprudence de certains États permet de dire qu'il est nécessaire de démontrer, outre l'urgence de la mesure, la probabilité des chances de succès de l'action au fond[88]. De même, cette exigence est inscrite dans la loi de certains états, tel New York qui dispose : « *On a motion of an order for attachment, or for an order to confirm an order of attachment, the plaintiff shall show, by affidavit and such other written evidence as may be submitted, that there is a cause of action, that it is probable the plaintiff will succeed on the merits* [...] »[89].

50 Comme pour les injonctions, la plupart des États exigent du demandeur qu'il donne une garantie pour les frais et éventuels dommages et intérêts qui pourraient être alloués au défendeur si la saisie avait été pratiquée à tort.

51 Les effets de la saisie dans le cas particulier des comptes bancaires doivent être notés ici. Le principe a longtemps été que chaque succursale d'une banque, bien que n'ayant pas une personnalité juridique distincte, soit traitée comme une entité indépendante pour les besoins de la saisie[90]. Toutefois, des décisions plus récentes ont montré que les moyens modernes de télécommunication et d'informatisation des banques, leur permettent de contrôler, à partir d'un point central ou

[70] 562 F.2d 152 (2d Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1046 (1978).
[71] Précisons ici que dans un certain nombre de pays, et la plupart des états américains, la propriété d'actions de sociétés appartient à celui qui est physiquement détenteur du certificat. En France, et dans un certain nombre d'autres pays européens, ceci ne serait plus possible puisque, depuis plusieurs années, il existe une « dématérialisation » des titres. En conséquence, les titres sont situés sur le territoire de l'entité chargée de gérer le compte de titres. Exécuter une telle injonction sur les titres d'une société constituée en vertu du droit français pourrait seulement avoir lieu par l'intermédiaire d'une saisie spécifique pour les titres de sociétés prévue aux art. 178 à 193 du Décret du 31 juillet 1992. Pour l'exposé du droit français des mesures conservatoires en général, voir *infra* Nos 82 et s.
[72] Décisions citées par G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), à la p. 117.
[73] *Bank of Crete S.A. c. Koskotas*, 1989 U.S. Dist. Lexis 4289 (SDNY 1989) et *Rosco c. Saxon Energy Corporation*, 758 F.Supp. 164 (SDNY 1991).
[74] C'est, semble-t-il, ce qu'a fait le juge dans l'affaire *Carolina Power* citée *infra* note 75.
[75] 451 F.Supp. 1044 (D.C. N.Cal. 1977).
[76] Cf. *infra* Nos 55 et s.
[77] Le droit fédéral ne réglemente les mesures de saisie que dans le cadre de la faillite. La section 304 du *U.S. Bankruptcy Code* autorise le juge américain de la faillite à ordonner toute mesure appropriée pour venir en aide à une procédure étrangère à condition que celle-ci accorde un juste traitement à tous les créanciers, que les créanciers américains soient protégés et que le produit de la faillite soit distribué de manière équivalente à ce qui est prévu par le droit américain.
[78] *De Beers Consol. Mines, Ltd. c. U.S.* 325 U.S. 212 (1945).
[79] N.Y. Civ. Prac. L. & R. §§ 6201, 6212(a) (McKinney 1996), cité par G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), à la p. 103.
[80] *USACO Coal Co. c. Carbomin Energy, Inc.*, 539 F.Supp.807 (WD Ky 1982).
[81] Le *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), p. 126, définit cette mesure comme un « *act or process of taking, apprehending, or seizing persons or property, by virtue of a writ, summons or other judicial order, and bringing the same into the custody of the court* ». Voir également *Nederlandsche Handel-Maatschappij N.V. c. Sentry Corporation*, 163 F.Supp. 800 (1958). Cette décision relativement ancienne avait en fait refusé de prononcer l'ordonnance de rapatriement demandée. Sur cette conclusion et les raisons pour lesquelles elle a été obtenue, la décision est probablement aujourd'hui dépassée.
[82] Cf. *supra* No 43.
[83] *Cameco Industries c. Mayatrac*, 789 F.Supp. 200 (D. Md 1992).
[84] *Connecticut c. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991).
[85] *Barclays Bank c. Tsakos*, 543 A.2d 802 (DCCA 1988) et *Carolina Power & Light Co. c. Uranex*, citée *supra* note 75.
[86] Cf. *supra* note 79, § 6201.
[87] Cf. *infra* No 76.
[88] Cf. par ex. *Connolly c. Sharpe* 270 SE2d 564 (1980).
[89] Cf. *supra* note 79, § 6212(a). Voir également *Swiss Bank Corporation c. Eatessami* 273 N.Y.S.2d 935 (1966).
[90] Voir, par ex., *Cronan c. Schilling* 100 NYS2d 474 (1950).

Inc. v. Hashemi,[70] under the law of Connecticut, the defendant was enjoined to place the share certificates[71] in the hands of the court's registrar so that they could be attached. On several occasions the Securities and Exchange Commission, which polices the stock exchange in the United States of America, has succeeded in obtaining repatriation of holdings derived from profits which were gained in breach of the law on securities.[72] Other decisions may also be cited from purely commercial cases in which the repatriation of funds in bank accounts was ordered, regardless of whether the accounts were held in the United States or abroad.[73]

44 Finally, a court may also add to an attachment order an injunction to the defendant not to remove the property in question outside the territory.[74] Is the attachment itself not enough to prevent the defendant from doing this? One might think so. In any case, it is clear that American courts have the power to issue injunctions, whether or not they are accompanied by an attachment order. However, in the case of *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*[75] the Court was probably afraid that the injunction would not be obeyed and that it would have no means of enforcing it. This is why it made an attachment order, with an injunction on top of it. One may wonder if the Court had jurisdiction to issue such an injunction, which presupposes jurisdiction *in personam* over the defendant, which the Court probably did not have.[76]

2 *Attachment orders*

45 As regards attachment orders, these may be made in order to ensure that a judgment will be carried out, where it is possible that the defendant may dissipate his assets before judgment is handed down. But federal law does not itself provide for such attachment orders.[77] Rule 64 of the Federal Rules on civil procedure states that a federal court may make such an order if the law of the state in which it is sitting decides on it.[78] It is clear that the laws of different states vary on this issue. In some states, like New York, the applicant for an attachment order has to show that he stands a good chance of winning the case on the merits, that it is likely that the defendant will dispose of his assets before the future judgment can be carried out, and that there is a genuine need for a draconian measure.[79]

46 The attachment is made against property of the defendant located in the state which agrees to make the decision. Hence this measure is essentially *in rem*. That either of the parties concerned (the applicant or the defendant of an attachment order) is of foreign nationality has no impact on the court's decision. All that matters is that the assets to be seised are on the territory of the court which is called upon for a ruling.[80] Of course, the courts seldom give express rulings on this matter. However, the solution is beyond doubt, in view of the definition given of the so-called attachment order.[81] This is why the practice has developed of issuing injunctions for the repatriation of assets on the territory of the court dealing with the case, as we have explained above.[82]

47 There is no clear definition of the factual circumstances in which an attachment order may be made. On the one hand, a court in the district of Maryland refused to issue a protective attachment order pending the outcome of proceedings which were pending in another jurisdiction (in this instance Louisiana), because it took the view that a protective attachment could not be ordered unless the applicant could show that the defendant was on the point of removing the property in question[83] and that there were extraordinary circumstances warranting a certain degree of urgency.[84]

48 On the other hand, in cases where such orders have been made,[85] the courts have not insisted on a demonstration of fraud or urgency before making the attachment order. Moreover, the law in certain states, such as New York, allows the courts to make an attachment order when the defendant is not domiciled in the state or is a company not authorised to carry on business in that state.[86] We will see below that there is a similar rule in Germany, which the Court of Justice of the European Communities has described as discriminatory in the context of relationships under the Brussels Convention.[87]

49 The case law in some states indicates that it is necessary to show, as well as the urgency of the measure, the likelihood of the case being won on the merits.[88] Likewise, this requirement is spelt out in the law of certain states, such as that of New York, which states: "On a motion of an order for attachment, or for an order to confirm an order of attachment, the plaintiff shall show, by affidavit and by such written evidence as may be submitted, that there is a cause of action, that it is probable the plaintiff will succeed on the merits [...]".[89]

50 As with injunctions, most states require the applicant to give a guarantee of paying the costs and any damages which may be awarded to the defendant if the attachment is wrongly made.

51 The effects of an attachment in the particular case of bank accounts should be noted here. The principle has long been that every branch of a bank, although it has no separate legal personality, is to be treated as an independent entity for the purposes of the attachment.[90] However, more recent decisions have shown that the modern methods of telecommunications and computerisation of banks enable them to monitor all the activities of their branches from a central point

[70] 562 F. 2d 152 (2nd Cir. 1977) cert. denied, 434 US 1046 (1978).
[71] We should explain here that in some countries, and in most states of the United States of America, ownership of company shares lies with the person who actually holds the share certificate. In France, and in a number of other European countries, this would not be possible since for some years shareholdings have been "dematerialised". Consequently, the shares are located on the territory of the entity which is responsible for managing the share account. It would only be possible to enforce such an injunction against shares in a company founded under French law by means of a specific attachment order for company shares under Arts 178 to 193 of the Decree of 31 July 1992. For an explanation of the French law on protective measures in general, see *infra* Nos 82 *et seq.*
[72] Decisions cited by G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), at p. 117.
[73] *Bank of Crete S.A. v. Koskotas*, 1989 U.S. Dist. Lexis 4289 (SDNY 1989) and *Rosco v. Saxon Energy Corporation*, 758 F. Supp. 164 (SDNY 1991).
[74] Apparently, this was what the court did in the case of *Carolina Power* cited *infra* note 75.
[75] 451 F. supp. 1044 (D.C. N. Cal. 1977).
[76] *Cf. infra* Nos 55 *et seq.*
[77] Federal law only provides for attachment orders in the context of insolvency. Section 304 of the U.S. Bankruptcy Code permits a U.S. court to make any appropriate order to assist in a foreign proceeding, provided the foreign court affords fair treatment to all the creditors, that U.S. creditors are protected and that the proceeds of the insolvency are shared on a similar basis to U.S. law.
[78] *De Beers Consol. Mines, Ltd. v. U.S.* 325 US 212 (1945).
[79] N.Y. Civ. Prac. L & R. 6201, 6212 (a) (McKinney 1996), cited by G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), at p. 103.
[80] *USACO Coal Co. v. Carbomin Energy, Inc.*, 539 F. Supp. 807 (WD Ky 1982).
[81] Black's Law Dictionary (6th ed. 1990), p. 126, defines this measure as an "act or process of taking, apprehending, or seizing persons or property, by virtue of a writ, summons or other judicial order, and bringing the same into the custody of the court". See also *Nederlandsche Handel-Maatschappij N.V. v. Sentry Corporation*, 163 F. Supp. 800 (1958). In this relatively old decision, the court had in fact refused to make an order for repatriation when asked to do so. Nowadays the decision is probably out of date, both on its finding and the reasons for arriving at it.
[82] *Cf. supra* No 43.
[83] *Cameco Industries v. Mayatrac*, 789 F. Supp. 200 (D. Md 1992).
[84] *Connecticut v. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991).
[85] *Barclays Bank v. Tsakos*, 543 A. 2d 802 (DCCA 1988) and *Carolina Power & Light Co. v. Uranex*, cited *supra* note 75.
[86] *Cf. supra* note 79, §6201.
[87] *Cf. infra* No 76.
[88] *Cf.*, for example, *Connolly v. Sharpe* 270 SE2d 564 (1980).
[89] *Cf. supra* note 79, §62112 (a). See also *Swiss Bank Corporation v. Eatessami* 273 N.Y.S. 2d 935 (1966).
[90] See for example *Cronan v. Schilling* 100 NYS 2d 474 (1950).

de manière décentralisée, toutes les activités de leurs succursales. Dans ce cas, la saisie une fois effectuée pourrait normalement avoir effet dans toutes les succursales[91]. Bien entendu, si la banque en cause ne possède pas les moyens de gestion informatisés modernes, la règle ancienne pourra encore s'appliquer[92]. De la même manière, si la question se pose de l'étendue de la saisie prononcée aux États-Unis envers une succursale ou l'établissement principal d'une banque situé à l'étranger, la règle ancienne s'applique également[93].

52 Par ailleurs, il n'est pas rare que le juge oblige le demandeur à la saisie à commencer la procédure au fond dans un certain délai. Ainsi, dans l'affaire *Carolina Power* le juge obligea le demandeur à commencer la procédure dans un délai de 30 jours à compter de sa décision.

53 Enfin, la saisie n'a pas pour but de créer un droit de préférence au profit du saisissant en cas de faillite du débiteur mais simplement de donner une certaine priorité sur certains demandeurs subséquents[94].

54 Du point de vue des conditions procédurales dans lesquelles les saisies peuvent être ordonnées, il semble que les principes de *due process* doivent s'appliquer, dont le premier élément consiste à exiger que le défendeur soit entendu afin qu'il puisse présenter ses moyens de défense[95]. Est-ce à dire que la saisie ne peut jamais être autorisée *ex parte*? La réponse doit être négative. Si l'on prend l'exemple de l'état de New York, la loi a prévu une méthode adéquate pour maintenir l'effet de surprise nécessaire dans toute mesure provisoire de saisie et protéger les droits de la défense. Si, effectivement, la saisie peut être pratiquée hors la connaissance du défendeur, celui-ci doit promptement être appelé afin que les éléments portés à la connaissance du juge puissent être discutés contradictoirement[96] et d'autres mesures de sauvegarde des droits du défendeur doivent être prévues (notamment la supervision du juge dans les opérations de saisie). Cette solution semble avoir eu grâce aux yeux de la Cour suprême dans l'affaire *Mitchell c. W.T. Grant Co.*[97]

Section 2 – Compétence internationale directe

55 Le tribunal qui prononce une injonction, de quelque nature qu'elle soit, doit posséder une compétence *in personam* à l'encontre du défendeur[98]. La compétence traditionnelle pour les mesures d'*equity* est fondée sur la présence physique du défendeur sur le territoire de la juridiction qui statue. Cela est, encore une fois, la conséquence normale de la nature de la mesure qui doit pouvoir être exécutée à l'encontre du défendeur lui-même. Cela résulte aussi de la nature de la sanction, le *contempt of court*. Toutefois, ce principe traditionnel a subi une profonde altération avec la décision *International Shoe Co. c. Washington*[99]. Dans cette affaire le défendeur soutenait que, puisqu'il n'était pas présent sur le territoire de l'état de Washington, les tribunaux de cet état ne pouvaient pas exercer une compétence à son égard. C'est pourquoi la Cour remplaça le critère rigide de la présence par un critère plus souple : «*[there must be] such contacts of the corporation within the state of the forum as make it reasonable, in the context of our federal system of government, to require the corporation to defend the particular suit which is brought here*»[100].

56 Ce critère est désormais bien connu des juristes de droit international privé, y compris les non américains. Il ne va pas sans poser de nombreuses questions. Notamment, son application pratique n'est pas toujours facile à comprendre. Comme l'a dit un juge de la Cour suprême américaine dans une affaire subséquente : «*few answers [will] be written 'in black and white. The grays are dominant and even among them the shades are innumerable'.*»[101] Toutefois, il est possible de synthétiser quelques grands principes que nous ne pouvons détailler dans le cadre de cette étude mais qui l'ont été par le Professeur Dubinsky dans un document remis aux membres de la Commission spéciale en mars 1998[102]. De surcroît, la compétence exercée à l'encontre du défendeur doit également être conforme aux principes de *due process*. Enfin, il ne semble exister aucune indication dans les décisions rendues depuis *International Shoe* que l'appréciation de la compétence devrait se faire différemment lorsque le tribunal doit se prononcer sur une demande d'injonction.

57 Bien entendu, comme nous l'avons dit ci-dessus, si le défendeur résidant à l'étranger décide de ne pas se défendre dans la procédure américaine, il est fort possible que l'injonction rendue à son encontre n'ait aucune portée réelle si les tribunaux étrangers refusent de reconnaître ou d'exécuter cette décision[103]. M. McEvoy explique dans sa thèse qu'un juge, qui se rendrait compte que l'injonction qu'il s'apprête à rendre n'a aucune chance de porter ses fruits, sera vraisemblablement enclin à refuser la mesure[104].

58 Pour ce qui est de la compétence permettant d'autoriser une saisie, la situation n'est peut-être pas aussi claire que l'on pourrait le souhaiter. Cette incertitude commence avec l'affaire *Shaffer c. Heitner*[105], dans laquelle la Cour décide que la compétence juridictionnelle pour les saisies doit se conformer aux principes généraux applicables à la compétence juridictionnelle tels qu'ils ont été définis par la Cour suprême dans l'affaire *International Shoe* et les décisions subséquentes[106]. On se souvient que dans cette décision, la Cour décida que l'exercice de la compétence juridictionnelle à l'égard d'un défendeur qui n'est pas présent sur le territoire du tribunal saisi, doit, pour être conforme au principe de *due process*, respecter certains liens minimaux de manière à ce que la procédure respecte les principes traditionnels de *fair play* et de justice naturelle[107].

59 Toutefois, dans l'affaire *Shaffer*, la Cour n'avait pas à se prononcer sur le point de savoir si une telle saisie pouvait être prononcée pour empêcher le défendeur de déplacer ses biens du territoire en cause afin d'éviter de faire face à ses obligations[108]. Elle avait à statuer sur une saisie effectuée de manière à permettre d'obtenir compétence à l'encontre du défendeur pour statuer sur le fond du litige, c'est-à-dire ce que

[91] *Digitrex Inc. c. Johnson*, 491 F.Supp. 66 (S.D.N.Y. 1980).
[92] *Therm-X-Chemical & Oil Corp. c. Extebank*, 84 A.D.2d 787 (1981).
[93] *Fidelity Partners Inc. c. Philippine Export and Foreign Loan Guarantee Corporation*, 921 F.Supp. 1113 (S.D.N.Y. 1996).
[94] Plusieurs décisions sont citées à cet effet par T. McEvoy (*op. cit.* note 59).
[95] *Sniadach c. Family Finance Corporation*, 395 U.S. 337 (1969). L'affaire mettait en cause la saisie des salaires du défendeur et, pour cette raison, le point de vue très strict pris par la Cour suprême dans cette affaire pourrait ne pas s'appliquer aussi strictement dans des affaires purement commerciales. Cependant, cette interprétation a été considérée comme erronée dans la mesure où la Cour suprême devait confirmer sa position trois ans plus tard dans une affaire de saisie de biens personnels *Fuentes c. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972).
[96] Cf. *supra* note 79, § 6211 et s.
[97] 416 U.S. 600 (1974). Cette affaire semble confirmée *a contrario* par la décision *North Georgia Finishing Inc. c. Di-Chem Inc.* 419 U.S. 601 (1974) et celle rendue dans l'affaire *Connecticut c. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991).
[98] Ce principe est affirmé par G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), qui cite à l'appui *Securities and Exchange Commission c. Capital Growth Co.. S.A.*, 391 F.Supp. 593 (S.D.N.Y. 1974) et *Milstead c. O Records & Visuals, Ltd.*, No 84 Civ 3657 (S.D.N.Y. 5 juin 1984). Voir également *Hitchman Coal & Coke Co. c. Mitchell* 245 U.S. 229 (1916).
[99] 326 U.S. 310 (1945).
[100] *Ibid.*, à la p. 317. C'est ce qu'il est convenu d'appeler le test du «*minimum contact*».
[101] Justice Marshall dans l'affaire *Kulko c. Superior Court*, 436 U.S. 84 (1978), à la p. 92.
[102] Cf. P. Dubinsky, «The Reach of Doing Business Jurisdiction and Transacting Business Jurisdiction Over Non-U.S. Individuals and Entities», Doc. trav. No 64 du 6 mars 1998.
[103] Cf. par ex. *Securities and Exchange Commission c. International Swiss Investments Corp.* 895 F.2d 1272 (9th Cir. 1990).
[104] T. McEvoy (*op. cit.* note 59), chapitre 5, p. 15 et 16 dactylographiées. Il cite *Hamilton c. MacDonald* 503 F.2d 1138 (9th Cir. 1974) à la p. 1146.
[105] 433 U.S. 186 (1977).
[106] Même référence, à la p. 212.
[107] «*Certain minimum contacts [...] such that maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice*», 326 U.S. 310 (1945).
[108] P. Trooboff, «Provisional and Protective Measures – Development of a Limited Security Attachment in the US Cases and Practice», produit le 29 mars 1995 pour le Comité de l'ILA sur le contentieux civil et commercial international.

or by decentralised means. In this case, once an attachment is made it can normally take effect in all the branches.[91] Of course, if the bank in question does not have modern computerised management systems, the old rule may still apply.[92] Similarly, if the question arises of the extent of an attachment ordered in the United States of America against a branch or head office of a bank located abroad, the old rule will also apply.[93]

52 Moreover, the court will not infrequently require the applicant for an attachment order to begin the proceedings on the merits within a certain time limit. For instance, in the *Carolina Power* case the court compelled the applicant to begin the proceedings within 30 days of its decision.

53 Finally, the purpose of the attachment is not to create a preferential right for the beneficiary of the seizure in case the debtor becomes bankrupt, but merely to grant a certain degree of priority over certain subsequent claimants.[94]

54 As regards the procedural circumstances in which attachment orders may be made, it seems that the principles of due process must apply, the first of which is that the defendant must be heard in order to present his evidence in defence.[95] Does this mean that an attachment order can never be made *ex parte*? The answer must be no. If we take the example of the state of New York, the law has provided an adequate method of preserving the surprise element which is necessary in all provisional measures of attachment, along with the protection of the rights of defence. Although in fact an attachment can take place without the defendant knowing about it, he must be promptly summoned so that the information filed with the court can be discussed in adversarial proceedings[96] and so that other measures for safeguarding the rights of the defendant can be provided for (including supervision by the court of attachment procedures). This solution seems to have received the Supreme Court's blessing in the case of *Mitchell v. W.T. Grant & Co.*[97]

Section 2 – Direct international jurisdiction

55 A court which issues an injunction, of whatever kind, must possess jurisdiction *in personam* over the defendant.[98] Jurisdiction of the traditional kind for equity measures is based on the physical presence of the defendant on the territory of the court making the decision. Again, this is to be expected in the case of a measure which has to be practically enforceable against the defendant. It is also a consequence of the nature of the sanction known as "contempt of court". However, this traditional principle was profoundly changed with the decision in *International Shoe Co. v. Washington.*[99] In this case, the defendant argued that because he was not present on the territory of the state of Washington, the courts of that state could not exercise jurisdiction over him. The Court therefore replaced the rigid criterion of physical presence by a more flexible formula: "[there must be] such contacts of the corporation within the state of the forum as make it reasonable, in the context of our federal system of government, to require the corporation to defend the particular suit which is brought here".[100]

56 This criterion is now well known among private international lawyers, including non-Americans. It does of course raise a number of questions. In particular, its application in practice is not always easy to understand. As a judge of the American Supreme Court said in a later case: "few answers [will] be written 'in black and white. The grays are dominant and even among them the shades are innumerable'."[101] Yet it is possible to identify certain key principles, which we cannot define in detail in the framework of this study, but which have been described by Professor Dubinsky in a document submitted to the members of the Special Commission in March 1998.[102] Moreover, the jurisdiction exercised over the defendant must also conform to the principles of "due process". And finally, there does not seem to be any indication, in the decisions made since *International Shoe*, that the decision on jurisdiction is to be made any differently when the court is considering an application for an injunction.

57 Of course, as we have said above, if a defendant who is resident abroad decides not to defend himself in an American proceeding, it is quite possible that an injunction ordered against him will have no real meaning if the foreign courts refuse to recognise or enforce it.[103] McEvoy explains in his thesis that a court which is aware that an injunction it is about to order has no chance of bringing results will probably be inclined to refuse the request for one.[104]

58 As regards the question of jurisdiction to make an attachment order, the situation is not perhaps as clear as one might wish. This uncertainty begins with the case of *Shaffer v. Heitner*,[105] in which the court decided that jurisdiction for attachment orders must comply with the general principles applicable to jurisdiction as defined by the Supreme Court in the case of *International Shoe* and in subsequent decisions.[106] In this decision, the Court decided that the exercise of jurisdiction over a defendant who is not present on the territory of the court concerned must, in order to observe due process, respect certain minimum links so that the procedure complies with the traditional principles of fair play and natural justice.[107]

59 However, in the *Shaffer* case, the Court did not have to decide whether an attachment was permissible, to prevent the defendant from moving his assets from the territory in question in order to avoid facing up to his obligations.[108] What it had to decide was whether to order an attachment in order to obtain jurisdiction over the defendant to resolve the merits of

[91] *Digitrex Inc. v. Johnson*, 491 F. Supp. 66 (SDNY 1980).
[92] *Therm-X-Chemical & Oil Corp. v. Extebank*, 84 A.D. 2d 787 (1981).
[93] *Fidelity Partners Inc. v. Philippine Export and Foreign Loan Guarantee Corporation*, 921 F. Supp. 1113 (SDNY 1996).
[94] T. McEvoy (*op. cit.* note 59) cites several cases to that effect.
[95] *Sniadach v. Family Finance Corporation*, 395 U.S. 337 (1969). This case was about an attachment of the defendant's wages, and for this reason the very strict view taken by the Supreme Court on the case could not be applied with the same rigour in purely commercial cases. However, this interpretation has been seen as a mistaken one, since the Supreme Court confirmed its stance three years later in a case involving the attachment of personal property, *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972).
[96] *Cf. supra* note 79, §§6211 *et seq.*
[97] 416 US 600 (1974). This case seems to be confirmed *a contrario* by the decision in *North Georgia Finishing Inc. v. Di-Chem Inc.* 419 US 601 (1974) and the decision in the case of *Connecticut v. Doehr*, 501 US 1 (1991).
[98] This principle is stated by G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), citing in support the cases of *Securities and Exchange Commission v. Capital Growth Co., S.A.*, 391 F. Supp 593 (SDNY 1974) and *Milstead v. O. Records & Visuals, Ltd.*, No 84 Civ 3657 (SDNY 5 June 1984). See also *Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell* 245 US 229 (1916).
[99] 326 US 310 (1945).
[100] *Ibid.*, at p. 317. This is generally called the "minimum contact" test.
[101] Justice Marshall in the case of *Kulko v. Superior Court*, 436 US 84 (1978), at p. 92.
[102] *Cf.* P. Dubinsky, "The Reach of Doing Business Jurisdiction and Transacting Business Jurisdiction Over Non-U.S. Individuals and Entities", Work. Doc. No 64, 6 March 1998.
[103] See for example *Securities and Exchange Commission v. International Swiss Investments Corp.* 895 F. 2d 1272 (9th Cir. 1990).
[104] T. McEvoy (*op. cit.* note 59), Chapter 5, typed pages 15 and 16. He cites *Hamilton v. MacDonald* 503 F.2d 1138 (9th Cir. 1974) at p. 1146.
[105] 433 US 186 (1977).
[106] Same reference, at p. 212.
[107] "Certain minimum contacts [...] such that maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice", 326 US 310 (1945).
[108] P. Trooboff, "Provisional and Protective Measures – Development of a Limited Security Attachment in the US Cases and Practice", paper drafted on 29 March 1995 for the ILA Committee on International Civil and Commercial Litigation.

Provisional and Protective Measures

l'on dénommait la « compétence *quasi in rem* ». De la même manière, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'étendue de la compétence du tribunal du lieu de la saisie ou, en d'autres termes, le *forum arresti*[109].

60 Or, comme l'a fait remarquer un auteur[110], la plupart du temps, le tribunal qui prononce la saisie a une compétence *in personam* à l'encontre du défendeur en même temps qu'il a sur son territoire les biens objet de la saisie. Il est donc très difficile, la plupart du temps, de conclure à partir des décisions rendues.

61 Un exemple typique de saisie est donné par l'affaire *Barclays Bank c. Tsakos*[111]. La Barclays avait consenti un prêt au fils des époux Tsakos, que ces derniers avaient garanti. Lorsque le fils se trouve en défaut sur le remboursement du prêt, la banque commence une action judiciaire à l'encontre des parents en France et en Suisse. Or, les parents avaient déplacé leurs avoirs hors de ces deux pays. La banque demande donc aux tribunaux du *District of Columbia* d'autoriser une saisie sur le seul bien se situant sur ce territoire, c'est-à-dire un appartement sis à Washington D.C. La *Court of Appeals* décide que les liens des époux Tsakos avec le territoire du *District of Columbia* sont suffisants pour permettre à ses tribunaux d'ordonner la saisie demandée qui a seulement un objectif conservatoire[112]. Mais, dans cette affaire, la Cour prend la peine de citer tous les liens que les Tsakos possèdent avec le territoire de l'état. Or, cela n'aurait pas dû être nécessaire si la seule présence du bien était suffisante.

62 Dans l'affaire *Carolina Power*[113], la Cour motive plus en détail les éléments factuels qui lui permettent de se déclarer compétente pour prononcer la saisie d'une créance. Il s'agissait de la saisie d'une créance au profit d'une société française due par une société de Californie. En d'autres termes, comme on le ferait dans d'autres systèmes juridiques, la créance est considérée comme localisée au lieu de la personne ou entité qui en est débitrice. La Cour décide qu'elle peut prononcer la saisie de cette créance car sa « présence » en Californie n'est pas purement fortuite. De plus, obliger le défendeur français à se défendre sur la saisie devant les tribunaux californiens ne constitue pas une charge trop lourde puisque la procédure est de nature extrêmement limitée[114].

63 En conclusion sur ce point, il est possible de dire que le tribunal qui autorise la saisie ne possède pas de compétence à l'égard de la personne du défendeur, ni de compétence au fond. Il suffit, en conséquence, que ce tribunal soit situé sur le territoire où se trouvent les biens. Seul ce lien est nécessaire, mais il est suffisant.

64 Étudions, à ce stade, l'influence d'une clause d'élection de for sur la compétence juridictionnelle en matière de mesures provisoires et conservatoires. Cette question a été étudiée par le tribunal du District Sud de New York dans l'affaire *Sanko s.s. Co. c. Newfoundland Refining Co.*[115] Dans cette affaire, le demandeur, une compagnie de transport maritime, commence une procédure pour violation de la charte-partie. Dans ce contexte, le demandeur cherche à obtenir une saisie des comptes bancaires appartenant aux défendeurs et situés à New York. Les défendeurs s'opposent à cette mesure au motif que les parties avaient conclu une clause d'élection de for donnant compétence exclusive aux tribunaux anglais. Le tribunal décide que la saisie ne peut pas être autorisée en présence d'une clause d'élection de for donnant compétence exclusive à un tribunal étranger. Mais les tribunaux américains ne sont pas tous de cet avis. Dans l'affaire *Polar Shipping Ltd. c. Oriental Shipping Corporation*[116], la Cour décide que la clause d'élection de for au profit des tribunaux anglais n'empêche pas l'une des parties d'obtenir une saisie aux États-Unis. La Cour fonde sa décision sur le fait que la clause ne dit pas expressément qu'elle est exclusive et interdit aux parties d'obtenir une mesure conservatoire accordée par un autre tribunal que celui compétent sur le fond.

Section 3 – Reconnaissance et exécution

65 G.A. Bermann s'exprime ainsi : « *It seems reasonably clear that the court entertaining the main action on a claim is ordinarily free to disregard ancillary orders of provisional relief issued by a court of a different jurisdiction, [...] if it deems the relief inopportune.* »[117] L'auteur ne cite aucune décision américaine pour justifier sa conclusion, mais une décision de Hong Kong qui a refusé de reconnaître des mesures provisoires ordonnées par un tribunal américain[118] alors que la compétence sur le fond du litige appartenait au tribunal de Hong Kong.

66 Le *Restatement (Second) of Conflict of laws* explique que la position du droit américain sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des injonctions étrangères n'est pas fixée[119]. Toutefois, on peut lire immédiatement après la phrase suivante :

> « *It can therefore be assumed that a decree rendered in a foreign nation which orders or enjoins the doing of an act will be enforced in this country provided that such enforcement is necessary to effectuate the decree and will not impose an undue burden upon the American court and provided further in the view of the American court the decree is consistent with fundamental principles of justice and good morals.* »

Quant au *Restatement (Third) on the Foreign Relations Law of the United States*, il n'aborde pas directement cette question mais se contente de signaler que bien que le *Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act* soit limité aux jugements portant condamnation à une somme d'argent, rien dans le texte ou dans la pratique des tribunaux fédéraux ne permet de dire que d'autres sortes de jugements ne peuvent pas être reconnus ou exécutés aux États-Unis[120].

67 En revanche, on peut trouver plusieurs décisions de tribunaux américains qui ont accepté d'exécuter des mesures conservatoires prononcées à l'étranger[121]. Tout d'abord, c'est en matière de droit de la famille que les décisions les plus fréquentes ont été rendues. Dans l'affaire *Pacanins c. Pacanins*[122], à la demande d'un tribunal du Venezuela, un tribunal de Floride ordonne le gel de certains avoirs appartenant au défendeur alors que le procès est en cours au Venezuela. La Cour

[109] Dans la fameuse note de bas de page 37, la Cour suprême s'exprime ainsi : « *[We do not have to consider] the question whether the presence of a defendant's property in a State is a sufficient basis for jurisdiction when no other forum is available to the plaintiff.* »
[110] L. Silberman, « Shaffer v. Heitner : The End of an Era », *N.Y.U. L. Rev.* 33 (1978), à la p. 54.
[111] 543 A.2d 802 (DCCA 1988).
[112] Voir dans le même sens, *Mendes c. Dowelanco Indus. LTDA*, 651 So. 2d 776 (Fla. Dist. Ct. App. 1995) citée par G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), à la p. 121, note 63.
[113] Citée *supra* note 75.
[114] L'affaire *Omni Aircraft Sales Inc. c. Actividades Aereas Aragonesas*, No 77-669 (D. Arizona, Nov. 15, 1977) citée par T. McEvoy (*op. cit.* note 59), révèle des circonstances similaires. Si la Cour refuse de prononcer la saisie, c'est uniquement parce qu'elle n'y est pas autorisée par la loi de l'état de l'Arizona qui ne prévoit pas l'autorisation d'une saisie dans une hypothèse semblable.
[115] 411 F. Supp. 285 (SDNY) *aff'd without op.* 538 F.2d 313 (2d Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 858 (1976).
[116] 680 F.2d 627 (9th Cir. 1982).
[117] *Op. cit.* note 56, à la p. 156.
[118] *Securities and Exchange Commission c. Wang*, 699 F.Supp. 44 (S.D.N.Y. 1988) citée par G.A. Bermann (*ibid.*), aux p. 145 à 147.
[119] Section 102, *comment* g, p. 310.
[120] Voir para. 481, *Reporters' notes* 2, p. 599. Mais les décisions qui sont citées ensuite ne donnent aucun exemple d'injonctions de la nature de celles qui nous intéressent ici.
[121] Ces décisions, pour la plupart, sont citées par M. Bermann lui-même (*op. cit.* note 56) aux p. 149 à 155. Sur cette question, voir également D.A. Buzard, « US Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees », 20 *Cal. West. Int'l L. J.* 91 (1989).
[122] 650 So.2d 1028 (Fla. Dist. Ct. App. 1995).

the case, that is, what was called "jurisdiction *quasi in rem*". Likewise, the Court did not have to decide on the extent of the jurisdiction of the court of the place of the attachment, or in other words, the *forum arresti*.[109]

60 However, as one writer has said,[110] most of the time the court which orders the attachment has jurisdiction *in personam* over the defendant and also has on its territory the assets which are to be attached. It is thus very difficult in most cases to reach a conclusion on the basis of the decisions rendered.

61 There is a typical example of an attachment in the case of *Barclays Bank v. Tsakos*.[111] Barclays had granted a loan to the son of Mr and Mrs Tsakos, guaranteed by the latter. When the son defaulted on the loan, the bank started proceedings against the parents in France and Switzerland. But the parents had removed their assets out of both countries. The bank therefore asked the courts of the District of Columbia to authorise an attachment of the only piece of property which was located in that territory, which was a flat in Washington, D.C. The Court of Appeal decided that the connections of the Tsakos parents with the territory of the District of Columbia were sufficient to allow its courts to order the attachment sought, the aim of which was purely protective.[112] But in this case, the Court took the trouble to recite all the links which the Tsakos parents had with the territory of the state concerned. That should not have been necessary if the mere presence of the property was sufficient.

62 In the case of *Carolina Power*,[113] the court gave in its reasoning greater detail of the facts warranting a finding of jurisdiction to order attachment of property owed. The case involved a debt owed by a company in California to a French company. In other words, as in other legal systems, the claim is regarded as being located at the place of the person or entity which owes it. The Court decided that it could order attachment of this claim as its "presence" in California was not merely fortuitous. Moreover, to compel the French defendant to defend the attachment order before the Californian courts would not be too heavy a burden, since the procedure is of its nature extremely limited.[114]

63 To conclude on this point, it can be said that the court which authorises an attachment does not have jurisdiction over the person of the defendant, nor does it have jurisdiction on the merits. Consequently, it is sufficient for this court to be located on the territory where the assets are. Only this link is necessary, but it is a sufficient one.

64 At this stage, let us consider the impact of a choice of forum clause on direct international jurisdiction in respect of provisional and protective measures. This question was examined by the Court of the Southern District of New York in the case of *Sanko s.s. Co. v. Newfoundland Refining Co.*[115] In this case the defendant, a maritime freight company, started proceedings for a breach of the charter party. In this context, the plaintiff sought an attachment of the defendants' bank accounts which were located in New York. The defendants objected, on the ground that the parties had concluded a choice of forum clause which gave sole jurisdiction to the English courts. The court found that attachment could not be ordered where there was a choice of forum clause giving sole jurisdiction to a foreign court. But the American courts do not all share this opinion. In the case of *Polar Shipping Ltd. v. Oriental Shipping Corporation*,[116] the Court decided that the choice of forum clause in favour of the English courts did not prevent one of the parties from obtaining an attachment order in the United States of America. The Court based its decision on the fact that the clause did not expressly state that it was exclusive, nor did it forbid the parties to obtain a protective measure from a court other than the one with jurisdiction on the merits.

Section 3 – Recognition and enforcement

65 G.A. Bermann says: "It seems reasonably clear that the court entertaining the main action on a claim is ordinarily free to disregard ancillary orders of provisional relief issued by a court of a different jurisdiction, [...] if it deems the relief inopportune."[117] The writer does not cite any American decision to justify his conclusion, but a Hong Kong decision which refused to recognise provisional measures ordered by an American court[118] although jurisdiction on the merits of the case lay with the Hong Kong court.

66 The Restatement (Second) of Conflict of Laws explains that the position in American law on the question of the recognition and enforcement of foreign injunctions is not fixed.[119] However, this is immediately followed by the following sentence:

> "It can therefore be assumed that a decree rendered in a foreign nation which orders or enjoins the doing of an act will be enforced in this country provided that such enforcement is necessary to effectuate the decree and will not impose an undue burden upon the American court and provided further in the view of the American court the decree is consistent with fundamental principles of justice and good morals."

As for the Restatement (Third) on the Foreign Relations Law of the United States, it does not deal with the question directly, but merely states that although the Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act is confined to money-judgments, there is nothing in the wording, or in the practice of the federal courts, which suggests that other kinds of judgments may not be recognised or enforced in the United States.[120]

67 On the other hand, there are several decisions by American courts agreeing to enforce protective measures ordered abroad.[121] First, we find the decisions most frequently rendered have been those in family law cases. In the case of *Pacanins v. Pacanins*[122] a Florida court, on request from a court in Venezuela, ordered the freezing of certain assets belonging to the defendant in proceedings which were pending in Venezuela. The Court justified its decision by pointing to a

[109] In the famous note at the bottom of page 37, the Supreme Court says: "[We do not have to consider] the question whether the presence of a defendant's property in a State is a sufficient basis for jurisdiction when no other forum is available to the plaintiff."
[110] L. Silberman, "Shaffer v. Heitner: The End of an Era", *NYUL Rev. 33* (1978), at p. 54.
[111] 543 A. 2d 802 (DCCA 1988).
[112] On the same point, see *Mendes v. Dowelanco Indus. LTDA*, 651 So. 2d 776 (Fla. Dist. Ct. App. 1995) cited by G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), at p. 121, note 63.
[113] Cited *supra* note 75.
[114] The case of *Omni Aircraft Sales Inc. v. Actividades Aereas Aragonesas*, No 77-669 (D. Arizona, Nov. 15, 1977), cited by T. McEvoy (*op. cit.* note 59), rests on similar circumstances. The court refused to order an attachment, but this was only because it was not authorised to do so by the law of the state of Arizona, which makes no provision for attachment in such cases.
[115] 411 F. Supp. 285 (SDNY) aff'd without op. 538 F. 2d 313 (2d Cir.), cert. denied, 429 US 858 (1976).
[116] 680 F. 2d 627 (9th Cir. 1982).
[117] *Op. cit.* note 56, at p. 156.
[118] *Securities and Exchange Commission v. Wang*, 699 F. Supp. 44 (SDNY 1988), cited by G.A. Bermann (*ibid.*), at pp. 145-147.
[119] Section 102, comment g, p. 310.
[120] See §481, Reporters' notes 2, p. 599. But the decisions cited below do not contain any examples of the type of injunction we are concerned with here.
[121] Most of these decisions are cited by Mr Bermann himself (*op. cit.* note 56) at pp. 149-155. On this question, see also D.A. Buzard, "US Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees", 20 *Cal. West Int'l L. J.* 91 (1989).
[122] 650 So. 2d 1028 (Fla. Dist. Ct. App. 1995).

Provisional and Protective Measures

justifie sa décision en se fondant sur un précédent rendu dans le même état, la Floride, selon lequel le principe de non-reconnaissance des mesures provisoires étrangères non définitives (*not final*) doit être écarté devant des circonstances exceptionnelles telles que les mesures provisoires en matière de droit de la famille ou celles qui sont prises en exécution d'une disposition d'ordre public du droit en vigueur sur le territoire du tribunal étranger[123]. On peut d'ailleurs noter que, d'une manière générale, le droit de la famille est le domaine le plus favorable à l'exécution, aux États-Unis, de mesures provisoires prononcées à l'étranger. Ainsi un tribunal de New York a exécuté une décision rendue au Brésil ordonnant le gel de comptes d'investissement appartenant conjointement à un couple, dans l'attente de l'issue de la procédure de divorce au Brésil[124].

68 Mais d'autres décisions rendues en dehors du droit de la famille pourraient inciter à penser que certaines mesures conservatoires pourraient trouver grâce aux yeux de juges américains[125]. Une décision très souvent citée est celle rendue dans l'affaire *Pilkington Brothers P.L.C. c. AFG Industries Inc.*[126] Cette décision a refusé d'ordonner une mesure provisoire en tous points semblable à celle qui avait été ordonnée en Grande-Bretagne, sans se fonder toutefois sur un principe général qui l'empêcherait de reconnaître ou d'exécuter une mesure provisoire prononcée à l'étranger. Le tribunal s'exprime ainsi :

> « *A generally recognized rule of international comity states that an American court will only recognize a final and valid judgment. This rule, however, has not been strictly applied to cases involving enforcement of modifiable judgments. Modifiable foreign orders can be granted extraterritorial effect even though they might not be 'final' for purposes of* res judicata. »[127]

Malgré cette affirmation, le tribunal ne vérifie pas les conditions de reconnaissance et d'exécution de la décision anglaise, mais, au contraire, prend soin de vérifier les faits et circonstances factuelles et juridiques de l'affaire afin de déterminer, pour lui-même, si la mesure qui lui est demandée doit être ordonnée. Précisons ici qu'il ne pouvait vraisemblablement pas agir autrement puisque le requérant ne lui demandait pas de donner effet à la décision anglaise mais de « dupliquer » cette décision par une injonction identique. Il est donc difficile de conclure de manière tranchée à partir de cette décision[128].

69 Plus intéressante est la décision rendue par la *Florida District Court of Appeal* dans l'affaire *Belle Island Investment Co. Ltd. c. Feingold*[129]. La Cour de Floride, dont nous avons déjà vu le libéralisme en matière de mesures étrangères prises en droit de la famille[130], accepte d'exécuter une injonction provisoire ordonnée par un tribunal de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à l'encontre d'un débiteur en fraude de ses obligations vis-à-vis d'une banque.

70 Quant à la reconnaissance ou l'exécution d'une saisie prononcée à l'étranger alors que les biens en cause sont sur le territoire du juge requis, la question ne se pose vraisemblablement même pas puisque les tribunaux américains prennent la peine d'ordonner le rapatriement de biens pour prononcer une saisie ainsi que nous l'avons vu ci-dessus[131]. En tout état de cause, nous n'avons trouvé aucune décision susceptible de montrer que la question se pose en ces termes tout au moins.

CHAPITRE III – ALLEMAGNE

Section 1 – Description des mesures

71 Le droit allemand connaît deux mesures pour la conservation de biens en vue d'assurer l'exécution future de titres exécutoires : l'*Arrest* et la *einstweilige Verfügung* (injonction provisoire)[132]. La différence essentielle entre ces deux institutions est la suivante : l'*Arrest* s'applique si le créancier réclame une somme d'argent, alors que l'injonction provisoire est ordonnée lorsque la créance est non monétaire.

72 L'*Arrest* est une mesure de blocage des avoirs et biens du débiteur, ordonnée par décision judiciaire[133]. Cette décision est générale par nature. Pour être valable, elle ne nécessite aucune précision des biens concernés. Elle doit ensuite faire l'objet d'une mesure d'exécution à proprement parler qui peut prendre plusieurs formes : saisie, séquestre, ou mention spéciale au registre foncier. La mesure de blocage peut également concerner des créances du débiteur à l'encontre de tiers. La mesure n'a donc de valeur en réalité que si le créancier peut trouver un ou plusieurs bien(s) spécifique(s), déterminé(s), sur le(s)quel(s) l'exécution peut être faite. En tant que telle, la mesure de l'*Arrest* n'a aucune valeur concrète. Les tiers n'ont aucune obligation de respecter la mesure. Ceci est le résultat de la nature hybride de l'*Arrest*, qui n'est pas en soi une mesure *in rem*. Ce sont les mesures d'exécution concrètes qui ont l'effet *in rem*.

73 Il n'existe aucune mesure particulière pour obtenir des informations sur la composition du patrimoine du débiteur, sauf ce qui sera dit ci-dessous en ce qui concerne la saisie de créances[134]. Cependant, on peut se demander si l'injonction provisoire (*einstweilige Verfügung*) ne pourrait pas être utilisée pour ce faire. En effet, les injonctions peuvent avoir un contenu extrêmement varié, notamment contenir une obligation de ne pas se dessaisir de certains biens[135]. En tout état de cause, les déclarations de tiers ou des parties sous la foi du serment jouent en cette matière un grand rôle alors qu'elles ne sont pas autorisées dans une procédure ordinaire.

74 L'*Arrest* entraîne une interdiction de disposer à la charge du défendeur en vertu des principes généraux en la matière prévus aux paragraphes 134 et 137 du BGB. Lorsque l'*Arrest* porte sur des créances, l'interdiction de disposer s'applique également à l'égard du tiers saisi. S'il contrevient à cette obligation, il pourra être contraint de payer une seconde fois. De plus, le tiers saisi a une obligation d'information dont il doit s'acquitter dans les 15 jours qui suivent la notification qui lui aura été faite de la saisie[136]. Cette obligation d'information est de nature générale (montant des créances appartenant au débiteur ; autres prétentions obérant ces créances ; autres saisies) mais ne peut faire l'objet d'une exécution forcée. Toute erreur ou mauvaise exécution par le tiers saisi ne peut donc se résoudre qu'en dommages et intérêts.

[123] *Cardenas c. Solis*, 570 So. 2d 996 (Fla. Dist. Ct. App. 1990), *review denied*, 581 So. 2d 163 (Fla. 1991).
[124] Cf. G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), aux p. 148 et 149.
[125] Cf. *ibid.*, à la p. 150 et la note 154. Notons cependant que la décision qu'il cite en dernier (*Seetransport Wiking Trader c. Navimpex* 29 F.3d 79 (2d Cir. 1994)) ne nous semble pas pertinente dans la mesure où la décision française d'exequatur n'est pas une mesure conservatoire.
[126] 581 F. Supp. 1039 (D. Del. 1984).
[127] *Ibid.*, à la p. 1045.
[128] G.A. Bermann (*op. cit.* note 56) cite d'ailleurs d'autres décisions qui ont interprété *Pilkington* dans le sens d'une interdiction générale d'exécution des mesures conservatoires étrangères (cf. p. 154).
[129] 453 So. 2d 1143 (Florida 1984).
[130] Cf. *supra* No 67.
[131] Cf. *supra* Nos 45 et s.
[132] Para. 916 à 945 du ZPO (*Zivilprozessordnung* – Code de procédure civile allemand).
[133] L'*Arrest* peut aussi être ordonnée à l'encontre d'une personne (*Persönlicher Arrest*, c'est-à-dire la contrainte par corps) et peut emporter emprisonnement au titre de mesure conservatoire en matière patrimoniale, para. 918, 919 et 933 du ZPO. Mais cette forme de contrainte n'est admise qu'à titre exceptionnel.
[134] Cf. *infra* No 76.
[135] Para. 938 du ZPO. Cf. réponses au questionnaire de l'ILA par le professeur Schlosser, Comité sur la procédure civile et commerciale, non publié (1995). C'est nous qui suggérons l'utilisation de l'injonction provisoire pour obtenir des informations sur la composition du patrimoine du débiteur.
[136] Para. 840 du ZPO.

previous decision in the same state, Florida, finding that the principle of non-recognition of foreign provisional measures which were "not final" was to be set aside in exceptional circumstances such as provisional measures in family law cases, or measures ordered to enforce a rule of public law in force on the territory of the foreign court.[123] We may also note that generally speaking, family law is the field most favourable to the enforcement in the United States of America of provisional measures ordered abroad. For instance, a court in New York enforced a decision handed down in Brazil ordering the freezing of investment accounts belonging to a couple jointly, pending the outcome of divorce proceedings in Brazil.[124]

68 But other decisions rendered outside the family law field might lead us to believe that certain protective measures may find favour in the eyes of American courts.[125] One frequently cited decision is the one in the case of *Pilkington Brothers plc v. AFG Industries Inc.*[126] This decision was a refusal to order a provisional measure similar in every respect to one ordered in Britain, without however being based on a general principle which would prevent it from recognising or enforcing a provisional measure ordered abroad. The court stated:

> "A generally recognized rule of international comity states that an American court will only recognize a final and valid judgment. This rule, however, has not been strictly applied to cases involving enforcement of modifiable judgments. Modifiable foreign orders can be granted extraterritorial effect even though they might not be 'final' for purposes of *res judicata*."[127]

In spite of this statement, the court does not review the conditions for recognising and enforcing the English decision; on the contrary, it takes care to verify the facts and the factual circumstances of the case, in order to determine for itself whether the measure requested ought to be ordered. We should add here that it probably could not act otherwise, since the applicant was not asking it to give effect to the English decision, but rather to "duplicate" that decision by an identical injunction. It is therefore difficult to come to any firm conclusion on the basis of this decision.[128]

69 There is a more interesting decision by the Florida District Court of Appeal, in the case of *Belle Island Investment Co. Ltd. v. Feingold.*[129] The Florida court, which as we have already seen is liberal in its approach to foreign measures in family law cases,[130] agreed to enforce a provisional injunction ordered by a court in Saint Vincent and the Grenadines against a debtor who had defaulted on his obligations to a bank.

70 As for the recognition or enforcement of an attachment ordered abroad where the assets in question are on the territory of the court addressed, the question probably does not even arise, since the American courts take care to order the repatriation of assets when ordering an attachment, as we saw above.[131] In any event, we have not found any decision indicating that the question arises in these terms.

CHAPTER III – GERMANY

Section 1 – Description of the measures

71 German law has two kinds of measures to protect assets in order to ensure that writs of execution can be enforced at a future date: the *Arrest* and the *einstweilige Verfügung* (provisional injunction).[132] The essential difference between the two is that an *Arrest* will apply where the creditor is claiming a sum of money, whereas a provisional injunction is ordered for claims of a non-monetary kind.

72 An *Arrest* is a means of blocking the assets and property of the debtor, and is ordered by a court.[133] The decision is of a general kind, and will be valid without specifying which assets are involved. It must then be followed by an enforcement measure in the true sense, which may take a variety of forms: attachment, sequestration, or a special entry in the land register. The blocking measure may also affect obligations owed to the debtor by third parties. Hence this measure has no real value unless the creditor can find one or more specific assets against which it can be enforced. The *Arrest* has no concrete value as such; third parties are under no obligation to respect it. This results from the hybrid character of the *Arrest*, which is not in itself a measure *in rem*. It is the specific enforcement measures which take effect *in rem*.

73 There is no specific measure whereby the composition of the debtor's assets can be made known, except as described below in connection with the attachment of claims.[134] However, it may be asked whether the provisional injunction (*einstweilige Verfügung*) could not perhaps be used for this purpose. In fact, the subject matter of injunctions may be extremely varied; they may for instance carry an obligation not to dispose of certain items of property.[135] In any case, depositions under oath of third parties or parties themselves play an important role although they are not allowed in ordinary proceedings.

74 An *Arrest* involves a prohibition against the defendant disposing of the property, under the general principles on this matter set out in paragraphs 134 and 137 of the BGB. When the *Arrest* relates to claims, the prohibition against disposal also applies to the third party involved. If he contravenes this obligation, he may be compelled to pay a second time. Moreover, the third party involved has a duty to supply information, which he must fulfil within 15 days of being notified of the attachment.[136] This duty to supply information is of a general nature (the sum of the obligations held by the creditor; other claims on them; other attachments) but cannot be compulsorily enforced. Thus any error or faulty performance by the third party involved cannot result in anything other than an award of damages.

[123] *Cardenas v. Solis*, 570 So. 2d 996 (Fla. Dist. Ct. App. 1990), review denied, 581 So. 2d 163 (Fla. 1991).
[124] *Cf.* G.A. Bermann (*op. cit.* note 56), at pp. 148 and 149.
[125] *Cf. ibid.*, at p. 150, and note 154. We note however that the last-cited decision (*Seetransport Wiking Trader v. Navimpex* 29 F. 3d 79 (2d Cir. 1994)) seems to be irrelevant, since the French decision of *exequatur* is not a protective measure.
[126] 581 F. Supp. 1039 (D. Del. 1984).
[127] *Ibid.*, at p. 1045.
[128] G.A. Bermann (*op. cit.* note 56) also cites other decisions in which *Pilkington* has been interpreted as a general prohibition to enforce foreign protective measures (*cf.* p. 154).
[129] 453 So. 2d 1143 (Florida 1984).
[130] *Cf. supra* No 67.
[131] *Cf. supra* Nos 45 *et seq.*
[132] §§916-945 ZPO (*Zivilprozessordnung* – German Code of Civil Procedure).
[133] An *Arrest* may also be ordered against a person (*Personlicher Arrest*) (*i.e.*, enforcement against the person him/herself) and may involve imprisonment as a protective measure in property cases, §918 and §933 ZPO. But this form of sanction is only ordered exceptionally.
[134] *Cf. infra* No 76.
[135] §938 ZPO. *Cf.* replies to the ILA questionnaire by Professor Schlosser, Committee on civil and commercial proceedings, unpublished (1995). We are responsible for the suggestion that the provisional injunction could be used to obtain information about the composition of the debtor's assets.
[136] §840 ZPO.

75 De plus, l'*Arrest* emporte un effet très particulier puisqu'il octroie au créancier un droit de priorité sur les biens saisis, avec rang à la date de la saisie. Ce rang est le même que celui conféré par le gage conventionnel[137]. On peut dire que la saisie permet de donner au créancier un droit réel qui lui permet d'exercer une action en revendication.

76 Pour pouvoir obtenir la saisie conservatoire, le demandeur doit démontrer qu'il a une chance de l'emporter au fond. Le paragraphe 920 du ZPO prévoit que la prétention doit être crédible tant dans son principe (la cause) que dans son *quantum* (la créance). Le demandeur doit également démontrer que des circonstances spécifiques mettant en péril sa créance justifient la mesure conservatoire demandée. À cet égard, le paragraphe 917 du ZPO considère qu'il y a péril lorsque l'exécution du titre dont pourra se prévaloir le créancier doit avoir lieu à l'étranger[138]. Il s'agit d'une présomption irréfragable justifiant en elle-même l'octroi de la mesure conservatoire. On sait que ce texte ne peut plus être appliqué dans le cadre des relations régies par la Convention de Bruxelles, puisqu'il a été jugé discriminatoire en vertu de l'article 6 du Traité de Rome qui dispose que « [d]ans le domaine d'application du présent traité, [...], est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité »[139]. Mais il peut encore recevoir application dans les relations exclues du champ d'application de cette Convention[140].

77 Le créancier obtient cette mesure conservatoire à ses risques et périls et peut être condamné à des dommages et intérêts en vertu d'une responsabilité objective spécifique prévue au paragraphe 945 du ZPO s'il avait obtenu la mesure conservatoire en violation des conditions de son obtention.

78 L'*Arrest* peut être prononcé soit après une audience contradictoire soit, plus fréquemment, *ex parte*. Dans ce dernier cas, le défendeur a la possibilité de former opposition en vertu du paragraphe 924 du ZPO. Ce recours n'emporte pas effet suspensif mais le juge demeure libre d'ordonner un sursis à exécution de la mesure provisoire en attendant l'issue de la procédure d'opposition.

Section 2 – Compétence internationale directe

79 Le paragraphe 919 du ZPO ouvre au demandeur une option de compétence en faveur du tribunal compétent au fond ou du tribunal dans le ressort duquel sont situés les biens à saisir. Bien que cette règle soit d'application interne, elle a été étendue aux relations internationales. Pour les injonctions provisoires, le paragraphe 937 du ZPO dispose que seul le tribunal compétent au fond est compétent pour les prononcer. Le paragraphe 942 prévoit une seule exception au profit du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien en cas d'urgence ou lorsqu'il est nécessaire d'inscrire la mesure sur les registres maritimes.

80 Bien que toutes les compétences du Livre VIII (voies d'exécution) soient exclusives en vertu du paragraphe 802 du ZPO, il semble que ce principe ne s'applique pas lorsque la compétence est utilisée dans les relations internationales[141].

81 L'*Arrest* porte sur les biens mobiliers et immobiliers du défendeur, qu'ils soient situés à l'intérieur ou à l'extérieur du pays. Ainsi en a décidé l'*Oberlandesgericht* de Karlsruhe le 26 avril 1972[142]. Les juges allemands justifient cette position de la manière suivante : le paragraphe 917 II dispose qu'un *Arrest* doit être accordé si l'exécution du jugement doit avoir lieu à l'étranger. Or, si tel est le cas, cela veut dire qu'aucun bien de valeur suffisante n'est présent en Allemagne. Par conséquent, si la mesure conservatoire prononcée doit avoir une quelconque efficacité, elle doit nécessairement s'appliquer aux biens situés à l'étranger. Certes, les juges poursuivent leur raisonnement en affirmant que l'exécution elle-même de la mesure dépendra des autorités étrangères compétentes pour procéder à cette exécution mais que pour le prononcé de la mesure conservatoire elle-même en Allemagne, ils n'ont pas besoin de s'en préoccuper. Les seuls liens avec l'Allemagne sont ceux prévus au paragraphe 919 dont il a été question ci-dessus et qui ouvrent l'option de compétence. Nul n'est besoin d'exiger un lien supplémentaire même au risque que la mesure reste lettre morte si elle se heurtait à un refus d'exécution dans le ou les pays où sont situés les biens dont le débiteur est propriétaire.

CHAPITRE IV – FRANCE

82 Pendant très longtemps, la doctrine française a considéré que la décision qui ordonne une mesure provisoire produit, et bien souvent épuise, ses effets dans le pays où elle est rendue et exécutée. Elle n'aurait donc pas vocation à circuler dans des pays autres que celui dans lequel elle a été rendue[143]. Les règles de compétence choisies tant en droit interne qu'en droit international privé pouvaient justifier une telle affirmation. La mesure dans laquelle le droit français peut et va évoluer dans une direction différente est difficile à apprécier aujourd'hui. Nous tenterons de le faire en présentant, comme pour les autres chapitres de cette étude, les diverses mesures disponibles en droit interne (section 1), les règles de compétence juridictionnelle internationale (section 2) et les règles de reconnaissance et d'exécution (section 4). Mais nous ajouterons de brefs développements sur le droit applicable (section 3) car on trouve quelques discussions sur ce point en droit français.

Section 1 – Description des mesures

83 Les voies d'exécution ont été réformées en France par la Loi du 9 juillet 1991 et le Décret du 31 juillet 1992, entrés en vigueur au premier janvier 1993[144]. Mais bien d'autres textes permettent de justifier des mesures provisoires ou conservatoires. On doit tout d'abord citer l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) qui permet de conserver ou d'établir une preuve avant tout procès. Il s'applique même en l'absence d'une situation d'urgence. Mais avant d'étudier ces mesures particulières, il convient de présenter brièvement les mesures de référé prévues au NCPC.

[137] Para. 804 II du ZPO.
[138] Pour une disposition similaire dans le droit de l'état de New York, voir *supra* No 48, note 86.
[139] CJCE 10 février 1994, aff. C-398/92, *Firma Mund and Fester c. Firma Hatrex International Transport*, *Rec.*, p. 467.
[140] Il est possible que ce texte soit également exclu lorsque le procès tombe dans le champ d'application de la Convention de Lugano, bien que la décision citée de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'*Affaire Firma Mund* n'ait qu'un effet persuasif pour l'interprétation de cette Convention et que la Convention de Lugano ne soit pas soumise aux principes énoncés par le Traité de Rome. Ce serait notamment le cas si le droit allemand reconnaissait comme discriminatoire toute distinction fondée sur la nationalité en matière de procédure civile ou si l'on pouvait fonder une telle conclusion sur les principes de droit international public général.

[141] Cela semble incontesté pour la compétence au fond, voir R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e éd., Cologne, Schmidt, 1997, p. 248, No 877b ; Reithmann / Hausmann, dans Reithmann / Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5e éd., Cologne, Schmidt, 1996, p. 1651, No 2201 ; voir cependant *contra Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung*, 1992, p. 2150. La doctrine est, en revanche, partagée pour étendre ce principe aux mesures provisoires et conservatoires. Mais il est difficile de trouver des références précises sur cette question. On peut toutefois proposer un raisonnement par analogie avec les clauses d'élection de for. C'est ainsi que Geimer (*op. cit.*, p. 456, No 1767) affirme qu'une élection de for en faveur d'un tribunal étranger doit, en principe, être interprétée comme excluant la compétence internationale des tribunaux allemands en matière de mesures provisoires. Mais, *contra* voir Reithmann / Hausmann (*op. cit.*, p. 1651, No 2201), avec d'autres renvois pour les deux opinions.
[142] OLGZ 1973, p. 58.
[143] Cf. notamment V. Delaporte, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, années 1987-1988, Paris 1989, p. 147 et s., à la p. 148.
[144] Loi No 91-650 du 9 juillet 1991, *JO* du 14 juillet 1991 ; Décret No 9292-755 du 31 juillet 1992, *JO* du 5 août 1992 et rectificatif du 31 octobre 1992.

75 Moreover, the *Arrest* carries a very particular effect, since it accords the creditor a priority right over the attached assets, this priority dating from the date of the attachment. This order of priority is the same as that conferred by a traditional security.[137] One may say that attachment enables the creditor to be given a real right which permits him to proceed to an action in restitution.

76 In order to obtain a protective order of attachment, the applicant must show that he has a good chance of succeeding on the merits of the case. Paragraph 920 ZPO specifies that the claim must be a credible one, both in its principle (its "cause") and in its *quantum* (the debt). The applicant must also show that there are special circumstances which endanger his claim and which justify the protective measure sought. In this respect, paragraph 917 ZPO states that there is a risk when the enforcement of the claim on which the creditor relies has to take place abroad.[138] In such a case there is an irrebuttable presumption which in itself warrants ordering the protective measure. As we know, this clause can no longer be applied because these relationships are now governed by the Brussels Convention; it was found to be discriminatory under Article 6 of the Treaty of Rome, which states that discrimination on grounds of nationality is prohibited.[139] But it can still be applied in relationships which are outside the scope of that Convention.[140]

77 A creditor will obtain this protective measure at his own risk, and may be ordered to pay damages by virtue of a specific objective responsibility under paragraph 945 ZPO if he obtained the protective measure by violating the conditions applying to it.

78 An *Arrest* may be ordered either following an adversarial hearing or, more frequently, *ex parte*. In the latter case, the defendant has the right to petition for a review of the decision ("opposition") under paragraph 924 ZPO. This review carries no suspensive effect but the judge may suspend enforcement of the provisional measure pending the outcome of the review.

Section 2 – Direct international jurisdiction

79 Under paragraph 919 ZPO a claimant may present his case either to the court with jurisdiction on the merits, or to the court in the jurisdiction where the assets to be attached are located. Although this is a domestic law rule, it has been extended to international relations. As for provisional injunctions, paragraph 937 ZPO provides that only the court with jurisdiction on the merits is competent to order them. Paragraph 942 provides for only one exception, for the court in whose jurisdiction the assets are located in emergency cases, or when the measure has to be recorded in maritime registers.

80 Although all grounds of jurisdiction described in Volume VIII (means of enforcement) are exclusive, by virtue of paragraph 802 ZPO, it seems that this principle does not apply where jurisdiction is exercised in international relations.[141]

81 An *Arrest* relates to the movable and immovable property of a defendant, whether located inside or outside the country. This was the ruling made by the *Oberlandesgericht* of Karlsruhe on 26 April 1972.[142] The German courts justified this approach as follows: paragraph 917 II states that an *Arrest* must be ordered if the judgment is to be enforced abroad. If that is so, it means that there are no assets of sufficient value in Germany. Consequently, if the protective measure is to have any useful effect, it must necessarily apply to property situated abroad. Admittedly, the judges continue their line of reasoning by saying that the actual enforcement of the measure will depend on the competent foreign authorities proceeding to carry enforcement out, but they say that this need not concern the court which makes the order in Germany. The only links with Germany are those defined in paragraph 919, mentioned above, which gives a choice of jurisdiction. There is no need to require an additional connection, even at the risk of the measure remaining a dead letter if there is a refusal to enforce it in the country or countries where the assets owned by the debtor are located.

CHAPTER IV – FRANCE

82 For a very long time, French legal theory took the view that a decision to order a provisional measure produces its effects, and will often exhaust them, in the country where it is given and enforced. Hence there is no need for it to move to any country other than the one in which it was made.[143] The rules of jurisdiction chosen both in domestic law and in private international law would bear out this statement. To what extent French law can and will evolve in a different direction is hard to say at the moment. We will attempt to do this by describing, as for the other chapters of this study, the various measures available under domestic law (section 1), the rules of international jurisdiction (section 2) and the rules for recognition and enforcement (section 4). But we will also add some brief words about applicable law (section 3) since there are some discussions on this issue under French law.

Section 1 – Description of the measures

83 Methods of enforcement in France were reformed through the Law of 9 July 1991 and the Decree of 31 July 1992, which came into force on 1 January 1993.[144] But there are plenty of other instruments to justify the use of provisional or protective measures. We may mention, first, Article 145 of the New Code of Civil Procedure, which allows for evidence to be conserved or established before any proceedings begin. This applies even where there is no emergency. But before turning to these particular measures, we will look briefly at the provisional measures laid down in the New Code of Civil Procedure.

[137] §804 II ZPO.
[138] For a similar provision in the law of the state of New York, see *supra* No 48, note 86.
[139] ECJ 10 February 1994, Case C-398/92, *Firma Mund and Fester v. Firma Hatrex International Transport*, *ECR*, p. 467.
[140] It is possible that this text is also excluded when the case falls within the scope of the Lugano Convention, although the decision referred to here by the European Court of Justice in the case of *Firma Mund* has only persuasive force for the interpretation of that Convention, which is not subject to the principles laid down in the Treaty of Rome. This would be the case, for instance, if German law regarded as discriminatory any decision based on nationality in civil proceedings, or if this conclusion could be based on the principles of general public international law.
[141] This solution seems undisputed for jurisdiction on the merits, see R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3rd ed., Cologne, Schmidt, 1997, p. 248, No 877b; Reithmann / Hausmann, in Reithmann / Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5th ed., Cologne, Schmidt, 1996, p. 1651, No 2201; but see *contra* Münchener Kommentar, *Zivilprozessordnung*, 1992, p. 2150. However, legal scholars do not all agree to extend this solution to provisional and protective measures. But it is difficult to find precise references. One may propose to draw an analogy with choice of forum clauses. For Geimer (*op. cit.*, p. 456, No 1767), a choice of forum clause granting jurisdiction to a foreign court must, in principle, exclude German courts' jurisdiction to grant provisional measures. In opposition to this position, see Reithmann / Hausmann (*op. cit.*, p. 1651, No 2201) with other citations for the two opposite solutions.
[142] OLGZ 1973 p. 58.
[143] *Cf.* among others, V. Delaporte, "Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1987-1988, Paris 1989. pp. 147 *et seq.*, at p. 148.
[144] Law No 91-650 of 9 July 1991, *JO* 14 July 1991; Decree No 9292-755 of 31 July 1992, *JO* of 5 August and correction of 31 October 1992.

84 L'article 808 du NCPC, spécifique au tribunal de grande instance[145], permet de demander au juge des référés[146] « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Pour l'application de ce texte, l'urgence doit être constatée et ne peut résulter, par exemple, du seul effet d'une clause résolutoire d'un contrat prévoyant l'intervention du juge des référés[147]. L'urgence doit être appréciée au moment où la décision est rendue et non au moment où le juge a été saisi et elle est souverainement appréciée par les juges des référés, ce qui implique que la Cour de cassation n'a aucun contrôle sur son appréciation[148]. L'urgence doit résulter de la nature de l'affaire et non des convenances ou des diligences des parties. C'est ainsi qu'il y a urgence lorsque le préjudice subi par une partie peut, si la mesure n'était pas prononcée, devenir irréparable[149]. Le juge ne doit pas avoir à trancher une question de fond pour justifier la mesure sollicitée[150]. C'est ainsi que l'on a pu dire que le juge des référés, au titre de l'article 808, est le juge « de l'évidence ». C'est pourquoi, si, à l'issue d'un examen superficiel, le juge ne peut prendre la décision de prononcer la mesure sollicitée, il doit s'en abstenir car cela veut dire qu'il doit faire des recherches dépassant son rôle de juge des référés.

85 Par ailleurs, l'article 809 du NCPC, qui comporte des équivalents pour d'autres tribunaux[151], dispose que : « Le Président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Pour pouvoir faire application de ce texte, le juge doit constater l'imminence du dommage et la nécessité d'en prévenir la réalisation. Comme pour l'article 808, la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence[152]. Toutefois, l'application de l'article 809, alinéa premier, n'est pas subordonnée à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée[153]. Les applications de la notion de « dommage imminent » sont nombreuses : concurrence déloyale, matière boursière, interdiction d'un film ou d'une émission de télévision, droit de grève, ne sont que des exemples des hypothèses dans lesquelles le juge de référé a été sollicité. Quant à la notion de « trouble manifestement illicite », elle est d'application en droit social, pour la protection de la vie privée, en matière de droit économique (publicité, ouverture ou fermeture des magasins, organisation d'activités commerciales ou de publicité), en matière médicale, en matière de diffamation, notamment par la voie de presse ou d'édition. On le voit, les domaines d'application sont extrêmement variés.

86 L'article 809 du NCPC contient un second alinéa dont les termes doivent être reproduits *in extenso* : « Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il [le juge des référés] peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Il s'agit là du fameux « référé-provision » que l'on retrouve d'ailleurs dans d'autres pays, comme les Pays-Bas[154]. Pour pouvoir être appliqué, ce texte n'exige pas la constatation de l'urgence[155]. Avant d'accorder une provision, le juge doit rechercher si l'obligation « n'est pas sérieusement contestable ». En effet, le juge des référés n'a pas le pouvoir de trancher une contestation sérieuse. Il appartient donc au demandeur de la provision d'établir l'existence de la créance qu'il invoque, mais c'est au défendeur de prouver que cette créance est sérieusement contestable[156]. Le référé-provision peut être utilisé en matière contractuelle comme en matière délictuelle. Une provision peut également être allouée pour faire face à des frais en principe irrépétibles, provision *ad litem*[157]. Il a également été jugé que le pouvoir du juge du fond de modifier le montant de la clause pénale n'exclut pas celui du juge des référés d'allouer une provision quand la dette n'est pas sérieusement contestable[158]. Puisque le juge des référés doit vérifier que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il a le pouvoir d'ordonner à cet effet toute mesure d'instruction qu'il estime utile et, notamment, la comparution personnelle des parties[159]. Toutefois, le juge des référés n'a pas compétence pour statuer sur le fond du litige. C'est pourquoi ses investigations ne peuvent être que limitées. Bien évidemment, la frontière entre ce qu'il peut faire et ce qui lui est interdit est extrêmement délicate à définir. Enfin, on doit préciser que le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée[160]. Le juge détient le pouvoir de fixer discrétionnairement, à l'intérieur de cette limite, la somme qu'il convient d'allouer au requérant[161].

87 Comme on l'a vu, le texte permet également un « référé-injonction ». Tout comme le référé-provision, cette décision est sujette à la constatation par le juge que l'obligation n'est pas sérieusement contestable. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été fait injonction à un vendeur de logiciels de communiquer le code d'accès à ce logiciel sans lequel il n'était d'aucune utilité[162]. On doit cependant dire que la jurisprudence publiée sur le référé-injonction est extrêmement maigre et ne correspond, en aucune manière, à la jurisprudence extrêmement abondante sur le référé-provision ou les autres mesures conservatoires. On peut d'ailleurs penser que s'il existe une possibilité pour le droit français d'évoluer de manière similaire au droit de *common law*, c'est grâce à l'existence de ce référé-injonction qui n'a pas encore développé tous ses effets potentiels.

88 Toutes les mesures que nous venons de décrire, si elles sont justifiées par l'urgence, peuvent être rendues sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement[163].

89 On doit également mentionner ici la possibilité pour le juge statuant en référé de prononcer des condamnations à des astreintes qu'il peut liquider à titre provisoire[164]. La nature conservatoire de cette mesure n'est pas évidente. Elle ne correspond pas exactement à la définition que nous avons donnée au début de cette étude sur les mesures qui nous concernent essentiellement ici. Toutefois, si, en tant que telle, elle ne constitue vraisemblablement pas une mesure conservatoire, elle en constitue une sanction efficace comme le « *contempt of court* » en droit anglais.

[145] En France, le tribunal de grande instance a compétence générale sur toutes matières civiles ou commerciales, à l'exception des compétences particulières confiées aux différents juges d'exception tels que le Conseil des Prud'hommes, le tribunal de commerce ou même le tribunal d'instance. Le tribunal de grande instance statue en premier ressort à charge d'appel dans la plupart des affaires.
[146] Le juge des référés est une juridiction particulière, à juge unique, généralement attribuée au président de la juridiction ou à son délégataire, qui permet de statuer de manière rapide et sommaire. Par exemple, le référé d'heure à heure permet d'obtenir une mesure très rapidement, et, comme son nom l'indique, quelquefois dans les quelques heures qui suivent la notification de la citation.
[147] Cass. civ. 3, 15 mai 1974, *Bull.* III, No 202.
[148] Cass. civ. 3, 5 octobre 1976, *JCP* 1976, IV 344 ; Cass. civ. 1, 26 avril 1977, *D.* 1978, p. 664, note Tendler.
[149] Cass. civ. 3, 20 octobre 1976, *JCP* 1976, IV, 362.
[150] Cass. civ. 1, 26 avril 1978, *JCP* 1979, II. 19251, note Couchez.
[151] Art. 873 pour le tribunal de commerce, art. 894 pour le tribunal paritaire des baux ruraux, art. R 516-31 pour le Conseil des Prud'hommes.
[152] Cass. civ. 3, 19 janvier 1982, *JCP* 1982, IV, 126.
[153] Cass. civ. 3, 22 mars 1983, *JCP* 1983, IV. 183.
[154] Cf. *infra* Nos 109 et s.
[155] Cass. civ. 1, 4 novembre 1976, *RTD Civ.* 1977, p. 361, Obs. Normand.
[156] Cass. civ. 1, 4 novembre 1987, *Bull.* I No 282 ; Cass. com., 22 novembre 1994, *Bull.* IV No 348, *Justices* 1995, II, 281, note Héron.
[157] Paris 26 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 386, Bertin, *RTD Civ.* 1986, 628, Obs. Normand.
[158] Cass. civ. 2, 10 juillet 1978, *JCP* 1978, II.19355, note Bey ; Cass. com., 1er mars 1983, *RTD Com.* 1983, 551, Obs. Dubarry et Benabent.
[159] Cass. civ. 1, 30 juin 1993, *JCP* 1993, IV. 2253 ; *RTD Civ.* 1994 162, Obs. Perrot.
[160] Cass. com., 20 janvier 1981, *Gaz. pal.* 1981, 332, note Bertin.
[161] Cass. civ. 1, 10 mars 1993, *JCP* 1993, IV No 1235.
[162] Versailles, 25 novembre 1987, *Juris-Data* No 045960.
[163] Art. 812 du NCPC.
[164] Art. 491 du NCPC et art. 35 de la Loi de 1991.

84 Article 808 of the New Code of Civil Procedure, which deals specifically with the "*Tribunal de Grande instance*",[145] allows the court which is hearing summary applications[146] to order "any measures which are not seriously challenged, or which are warranted by the existence of a dispute". For this clause to apply, an emergency must be found to exist; it cannot be deduced, for instance, merely from a rescission clause in a contract which provides for actions before the judge for summary applications.[147] The emergency must be obvious at the time when the decision is made, and not when the court was addressed, and only the judges for summary applications are entitled to decide on it, which implies that the Court of Cassation has no part to play in considering it.[148] The emergency must follow from the nature of the case, not from the whims or actions of the parties. Thus there will be an emergency if the damage suffered by one of the parties if the order is not made may become irreparable.[149] The court must not decide on any of the merits of the case in order to justify the measure requested.[150] This is why it has been said that the court for summary applications, under Article 808, is the court "of the obvious". If, following a superficial examination of the facts, the court cannot proceed to ordering the measure sought, it must refrain from a decision, because this means research is needed which would go beyond its role as a court dealing with summary applications.

85 Moreover, Article 809 of the New Code of Civil Procedure, which contains equivalent provisions for other courts,[151] states: "The President may always, even if there is a serious challenge, prescribe any necessary protective or restorative measures when sitting in summary applications, either in order to prevent imminent damage, or to bring to an end a disturbance which is obviously unlawful." In order to be able to apply this text, the court must find that the damage is in fact imminent, and that it is necessary to prevent it from occurring. As with Article 808, a finding that the damage is imminent is enough to demonstrate an emergency.[152] However, the application of Article 809, first paragraph, is not subject to proof being brought of the urgency of the requested measure.[153] There are many instances of the concept of "imminent damage": unfair competition, stock exchange cases, the banning of a film or television broadcast, the right to strike; all these are examples of the type of case in which applications have been made in summary proceedings. As for the notion of a "manifestly unlawful disturbance", this applies in labour law, in cases on privacy, in economic law cases (advertising, the opening or closing of shops, the organisation of commercial activities or advertising), in medical matters and in defamation cases, especially through the press or publishing. As we see, the areas of application are extremely varied.

86 Article 809 of the New Code of Civil Procedure contains a second paragraph, the wording of which should be reproduced *in extenso*: "In cases where the existence of the obligation cannot be seriously challenged, it [the court for summary cases] may grant a provisional measure in favour of the creditor or order enforcement of the obligation, even if it is an obligation of performance". This is the well-known "*référé-provision*" which is also found in other countries, such as the Netherlands.[154] This clause can be applied without proving any emergency.[155] Before granting the interim payment, the court must ascertain that the obligation "cannot be seriously challenged". Indeed, the court for summary cases does not have the power to decide upon a seriously challenged obligation. The applicant for the measure will have to establish the existence of the obligation which he is invoking, but it will be for the defendant to prove that the obligation is seriously contested.[156] The interim payment can be used in both contract and tort cases. The interim payment can also be granted in order to cover expenses which in principle are irrecoverable, *i.e.*, a provision *ad litem*.[157] It has also been found that the court's power to alter the amount of a penal clause does not affect the power of the court for summary cases to award the interim payment when the debt is not seriously challenged.[158] Since the court for summary cases has to ascertain that the existence of the obligation cannot be seriously challenged, it has the power to order for this purpose any investigative measure which it deems relevant, including appearance by the parties in person.[159] However, the court for summary cases is not competent to settle the merits of the case. This is why its investigations can only be limited in nature. Of course, the boundary between what it can and cannot do is extremely difficult to define. Finally, it should be made clear that the amount of the interim payment is limited only by the amount of the alleged debt which cannot be seriously challenged.[160] The court has the power to determine on its own discretion, within this limit, the sum which should be awarded to the applicant.[161]

87 As we have seen, the wording also makes room for a "summary injunction". Like the interim payment, this decision is conditional upon the court finding that the obligation cannot be seriously challenged. For instance, a vendor of software has been enjoined to communicate the access code to the software, without which it would have been useless.[162] However, we have to admit that the published case law on the summary injunction procedure is extremely scarce, and is no match for the abundant jurisprudence on the summary procedure for interim payment (*référé-provision*) or the other protective measures. Indeed one may speculate that if there is a possibility of French law evolving in a similar fashion to common law, it is because of the existence of the summary injunction, which has not yet developed all its potential effects.

88 All the measures we have described, if they are warranted by the urgency of a case, may be ordered *ex parte* when circumstances require that no hearing is held.[163]

89 We should also mention here the possibility of a court sitting in summary proceedings ordering the payment into court of continuing fines (*astreintes*) which it may settle on a provisional basis.[164] The protective nature of this measure is not obvious. It does not correspond exactly to the definition given at the beginning of this study of the measures which chiefly concern us here. However, even if it is probably not a protective measure as such, it is a sanction as effective as the contempt of court in English law.

[145] In France, the *Tribunal de Grande instance* has general jurisdiction for all civil and commercial cases, except where special forms of jurisdiction are conferred on the various specialised courts, such as the Conseil des Prud'hommes, the Commercial Court or even the *tribunal d'instance*. The *Tribunal de Grande instance* is the first level appeal court for most cases.
[146] This is a special court (*juge des référés*), with a single judge, usually the president of the court or his deputy, sitting to hear summary applications in a speedy manner. For example, the court sitting "from hour to hour" is able to make an order very quickly, and as its name indicates, sometimes within a few hours of a summons being notified.
[147] Cass. Civ. 3, 15 May 1974, *Bull.* III, No 202.
[148] Cass. Civ. 3, 5 October 1976, *JCP* 1976, IV 344; Cass. Civ. 1, 26 April 1977 *D.* 1978, p. 664, note by Tendler.
[149] Cass. Civ. 3, 20 October 1976, *JCP* 1976, IV, 362.
[150] Cass. Civ. 1, 26 April 1978, *JCP* 1979, II. 19251, note by Couchez.
[151] Art. 873 for the Commercial Court, Art. 894 for the agricultural land tribunal, Art. R 516-31 for the Conseil des Prud'hommes.
[152] Cass. Civ. 3, 19 January 1982, *JCP* 1982, IV, 126.
[153] Cass. Civ. 3, 22 March 1983, *JCP* 1983, IV, 183.
[154] *Cf. infra* Nos 109 *et seq.*
[155] Cass. Civ. 1, 4 November 1976 *RTD Civ.* 1977, p. 361. Comment by Normand.
[156] Cass. Civ. 1, 4 November 1987, *Bull.* I No 282; Cass. Comm., 22 November 1994, *Bull.* IV No 348, *Justices* 1995, II, 281, note by Heron.
[157] Paris 26 May 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 386, Bertin, *RTD Civ.* 1986, 628, comment by Normand.
[158] Cass. Civ. 2, 10 July 1978, *JCP* 1978, II.19355, note by Bey; Cass. Comm. 1 March 1983, *RTD Com.* 1983, 551, comments by Dubarry and Benabent.
[159] Cass. Civ. 1, 30 June 1993, *JCP* 1993, IV.2253; *RTD Civ.* 1994 162, comment by Perrot.
[160] Cass. Comm., 20 January 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 332, note by Bertin.
[161] Cass. Civ. 1, 10 March 1993, *JCP* 1993, IV No 1235.
[162] Versailles, 25 November 1987, *Juris Data* No 045960.
[163] Art. 812 of the New Code of Civil Procedure.
[164] Art. 491 of the New Code of Civil Procedure and Art. 35 of the 1991 Law.

90 De nombreuses mesures provisoires et conservatoires existent en matière successorale, dans l'intérêt des familles, en cas de divorce, dans le cadre des régimes matrimoniaux, mais nous n'aborderons pas ces mesures pour la présente étude qui est destinée à aider à la préparation d'une convention dont on peut penser qu'elle exclura ces matières de son champ d'application.

91 On doit signaler une mesure conservatoire particulière telle que la nomination d'un administrateur qui peut intervenir dans un certain nombre d'hypothèses comme l'existence de biens d'un non-présent, qui doivent être gérés, ou le blocage des décisions dans le cadre d'une société civile ou commerciale ou d'une association. On doit signaler, par ailleurs, que toutes les grandes institutions de contrôle des opérations économiques et financières (Commission des Opérations de Bourse ou Conseil de la concurrence, notamment) se voient conférer des pouvoirs pour prononcer des mesures conservatoires telles que la mise sous séquestre, l'interdiction temporaire d'activité ou la consignation.

92 En matière de propriété intellectuelle, il existe une mesure particulière appelée la saisie-contrefaçon[165]. Les mêmes textes permettent d'obtenir une interdiction provisoire de contrefaçon ou, en d'autres termes, la suspension de toute fabrication en cours. Le Code de la propriété intellectuelle autorise également la saisie-arrêt sur les produits de l'exploitation[166]. De la même manière, la saisie des vidéogrammes et phonogrammes est possible[167], comme diverses mesures annexes, par exemple la fermeture temporaire de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction[168]. Pour l'exécution de toutes ces mesures, prises *ex parte*, l'huissier se présente dans les locaux du contrefacteur avec l'aide des forces de police, si nécessaire. Nous ne sommes donc pas très loin des mesures *Anton Piller* du droit anglais[169].

93 Depuis l'entrée en vigueur de la Loi de 1991 dont il a été question ci-dessus, la recherche d'informations concernant les comptes bancaires du débiteur est réglementée par ce texte[170]. Ces recherches d'informations sont diligentées par le Procureur de la République, sur demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire et au vu d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses mises en œuvre pour l'exécution. Le Procureur de la République peut ainsi rechercher l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur, l'adresse du débiteur et l'adresse de son employeur. Cette liste est exhaustive. Le Procureur de la République n'a aucun pouvoir pour rechercher d'autres renseignements. Par ailleurs, les renseignements obtenus ne peuvent être utilisés que dans la seule mesure nécessaire à l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été demandés. Ils ne peuvent, en aucun cas, être communiqués à des tiers ni faire l'objet d'un fichier d'informations nominatives[171]. Le Procureur de la République est saisi sur requête. Désormais, et depuis 1994, les demandes de recherche d'informations sur les débiteurs, formulées par les huissiers de justice auprès du Procureur de la République, sont gérées de manière informatisée[172].

94 Enfin, les mesures conservatoires prévues par la Loi de 1991 doivent être citées ici. L'article premier de la Loi dispose que «[t]out créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits». Il est créé un juge de l'exécution qui est assisté pour l'exécution forcée et les saisies conservatoires par les huissiers de justice qui peuvent seuls procéder à ces mesures. Le créancier a le choix des mesures propres à assurer la conservation de sa créance. Toutefois, l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages et intérêts en cas d'abus de saisie[173]. Les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut aussi être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur. D'autre part, si sans motif légitime il se soustrait à ses obligations, il peut être contraint d'y satisfaire au besoin à peine d'astreinte et peut être condamné à des dommages et intérêts[174].

95 Une mesure conservatoire sur les biens du débiteur doit être autorisée par le juge. Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter cette autorisation, à condition qu'elle justifie de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance. Le juge de l'exécution[175] n'a pas à trancher le fond du droit. Il se prononce *ex parte* au vu des preuves rapportées par le créancier. L'autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire[176]. En vertu de ce texte, on peut dire qu'une décision étrangère non encore revêtue de l'exequatur peut permettre de pratiquer directement une saisie conservatoire, sans avoir à demander l'autorisation du juge de l'exécution.

96 La saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle a pour effet de rendre indisponibles ses biens. Lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par le juge ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée. La saisie emporte de plein droit consignation des sommes indisponibles, c'est-à-dire qu'elle emporte affectation spéciale de ces sommes et privilège de gage au profit du créancier. Le créancier a donc le droit de se faire payer sur la chose en gage par privilège et préférence aux autres créanciers[177]. Des conditions d'application spécifiques aux établissements habilités à tenir des comptes de dépôts (essentiellement les banques) sont également prévues par la Loi : information sur le solde du ou des compte(s) du débiteur au jour de la saisie et règles spéciales de fonctionnement du compte selon les dates des opérations.

97 Les saisies sont insérées dans un cadre procédural très strict, le Décret de 1992 prévoyant non seulement les formes de la saisie, les délais dans lesquels elle doit être dénoncée au débiteur et les diverses procédures nécessaires en cas de contestation. Ces formalités sont différentes selon la mesure demandée et selon les biens sur lesquels elle est demandée. C'est ainsi que l'on trouve des dispositions sur les saisies conservatoires de biens meubles corporels, la saisie des créances, des droits d'associés et des valeurs mobilières. Il est inutile, dans le cadre de la présente étude, de détailler toutes ces dispositions. Qu'il suffise ici de préciser que si la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers, l'acte de saisie doit être signifié au débiteur dans un délai de huit jours, à peine de caducité.

[165] Art. L332-1 à L332-4 du Code de la propriété intellectuelle.
[166] Art. L333-1 à L333-4.
[167] Art. L334-1.
[168] Art. L335-5.
[169] Cf. *supra* Nos 24 et s.
[170] Art. 39 et 40 de la Loi du 9 juillet 1991 et art. 54 du Décret du 31 juillet 1992.
[171] L'art. 41 de la Loi du 9 juillet 1991 sanctionne toute violation de ses dispositions des peines encourues pour le délit prévu à l'art. 226-21 du Code pénal sans préjudice, le cas échéant, de poursuites disciplinaires et de condamnation à des dommages et intérêts.
[172] Arrêté du 20 juillet 1994, *JO* du 4 août 1994.
[173] Art. 22 de la Loi du 9 juillet 1991.
[174] Art. 24 de la Loi du 9 juillet 1991.
[175] La compétence d'attribution donnée au juge de l'exécution connaît une limite prévue à l'art. 69 de la Loi. En effet, l'autorisation de procéder à une mesure conservatoire peut être accordée par le Président du tribunal de commerce lorsque, demandée avant tout procès, elle tend à la conservation d'une créance relevant de la compétence de la juridiction commerciale.
[176] Art. 68 de la Loi du 9 juillet 1991.
[177] Art. 75 de la Loi du 9 juillet 1991, 2075-1 et 2073 du Code civil. Cet effet correspond à celui du droit allemand exposé ci-dessus au No 75.

90 There are many provisional and protective measures available in matters of wills and inheritances, in the interest of families, in divorce cases and in connection with matrimonial regimes, but we will not deal with these in this study, which aims at helping with the preparation of a convention which will probably exclude these matters from its scope of application.

91 One particular protective measure warrants mention: this is the appointment of an administrator, who can take action in certain cases such as where there is property needing to be handled in the absence of its owner, or the deadlock of decisions in the context of a civil or commercial company or association. We note, moreover, that all the major monitoring institutions for economic and financial operations (the Stock Exchange Commission or the Council on Competition, for example) have powers to order protective measures such as sequestration, a temporary ban on business activity or the deposit of funds.

92 In matters of intellectual property, there is a particular measure known as "counterfeit attachment".[165] Under the same legal instruments, it is possible to obtain a provisional ban on copyright infringement or, in other words, the suspension of all ongoing production. The Code of Intellectual Property also authorises attachment of the proceeds of the unlawful copying.[166] Similarly, videograms and phonograms may be attached,[167] and there are other associated measures, such as the temporary closure of the undertakings in which the offence was committed.[168] In order to enforce any of these measures, which are ordered *ex parte*, the bailiff presents himself at the premises of the infringer with the help of the police, if necessary. This is not far distant from the *Anton Piller* measures under English law.[169]

93 Finally, since the entry into force of the 1991 Law mentioned above, the search for information about the debtor's bank accounts has been governed by that law.[170] These searches are conducted by the Public Prosecutor at the request of the bailiff responsible for enforcement, who must hold a writ of execution, and on sight of an authenticated statement certifying that investigations for the purpose of enforcement have proved fruitless. The Public Prosecutor may check on the addresses of institutions at which an account has been opened in the debtor's name, the address of the debtor and that of his employer. This list is exhaustive. The Public Prosecutor has no power to seek other information. Moreover, the information obtained can only be used to the extent necessary to secure the title or titles for which it was sought. In no circumstances may it be communicated to third parties, or be included in a file with personal data.[171] The Public Prosecutor becomes involved through an *ex parte* application. Since 1994, requests for information searches on debtors made by bailiffs to the Public Prosecutor have been handled by computer.[172]

94 Finally, we should mention the protective measures provided in the 1991 Law. Article 1 states: "Any creditor may carry out a protective measure in order to safeguard his rights." For this purpose, the law establishes an execution judge, assisted in compulsory enforcement of orders and in protective attachments by bailiffs, the only ones who may carry out these measures. The creditor has a choice among different measures to protect his claim. However, the enforcement of these measures may not go beyond what is necessary to obtain payment of the debt. The execution judge has the power to order the lifting of any measure which is irrelevant or abusive, and to order damages against the creditor if the attachments are abused.[173] Third parties may not stand in the way of procedures instituted to protect claims. They must assist in them when legally required to do so. A third party from whom assets are attached in this manner may also be ordered to pay the debt, which he may reclaim from the debtor. On the other hand, if he evades his obligations without due cause, he may be ordered to meet them, if necessary under pain of a continuing fine (*astreinte*), and may also have damages awarded against him.[174]

95 A protective measure against the debtor's assets must be authorised by the court. Any person whose claim seems justified in principle may seek such authorisation, provided he can show that circumstances exist which may endanger recovery of the debt. The execution judge does not decide on the merits of the case.[175] He makes his decision *ex parte* on the basis of the evidence brought by the creditor. The prior authorisation of the court is not necessary when the creditor holds a writ of execution or a court decision which is not yet enforceable.[176] By virtue of this text, it may be said that a foreign decision which does not yet carry the *exequatur* may permit a protective attachment to be made directly, without having to seek the authorisation of the execution judge.

96 Protective attachment may affect all the debtor's movable assets, material or non-material. Its effect is to place his property beyond his power of disposal. When the attachment involves a claim for a sum of money, the deed of attachment places it beyond disposal to the amount of the sum authorised by the court, or if such authorisation is not necessary, to the amount for which the attachment is made. The attachment will result in automatic deposit of the sums concerned, that is, it places them in a special category of deposit while giving the creditor a priority claim. The creditor therefore has the right to claim payment under his priority status as against other creditors.[177] The Law also provides specific conditions applying to establishments which are entitled to hold deposit accounts (chiefly banks): information concerning the balance of the account or accounts of the debtor on the date of the attachment and special rules for the management of the account depending on the dates of the operations.

97 Attachment orders are made within a very strict procedural framework. The 1992 Decree specifies not only the arrangements for the attachment, but also the time limits in which it must be notified to the debtor and the various procedures to be gone through if it is contested. These formalities vary according to the measure requested and the property for which it is sought. For instance, there are provisions for the attachment of material movables, the attachment of claims, of partner rights and of securities. There is no need to list all these provisions in detail in this study. We need only point out here that if attachment is effected *vis-à-vis* a third party, the writ of attachment must be served on the debtor within a week, or it will lapse.

[165] Arts L332-1 to L332-4 of the Code of Intellectual Property.
[166] Arts L333-1 to L333-4.
[167] Art. L334-1.
[168] Art. L335-5.
[169] *Cf. supra* Nos 24 *et seq.*
[170] Arts 39 and 40 of the Law of 9 July 1991 and Art. 54 of the Decree of 31 July 1992.
[171] Art. 41 of the Law of 9 July 1991 imposes in the event of any breach of its provisions the penalties for offences set down in Art. 226-21 of the Criminal Code, without prejudice to disciplinary proceedings and an award of damages where appropriate.
[172] Order of 20 July 1994, *JO* of 4 August 1994.
[173] Art. 22 of the Law of 9 July 1991.
[174] Art. 24 of the Law of 9 July 1991.
[175] The jurisdiction conferred on the execution judge is limited under Art. 69 of the Law. Authorisation to proceed to a protective measure may be granted by the President of the commercial court when it has been sought before the case begins and is intended to protect a claim which falls within the commercial jurisdiction.
[176] Art. 68 of the Law of 9 July 1991.
[177] Arts 75 of the Law of 9 July 1991, 2075-1 and 2073 of the Civil Code. This is a similar provision to that in German law, explained *supra* No 75.

Provisional and Protective Measures

Section 2 – Compétence internationale directe

98 En France, les règles de compétence juridictionnelle directe en matière internationale sont, généralement, tirées des règles de compétence territoriale interne, étendues, parfois avec des adaptations, aux relations internationales[178].

99 En matière de mesures provisoires et conservatoires, il a toujours été reconnu que le juge normalement compétent pour connaître du fond peut prendre de telles mesures. Nous verrons plus tard selon quelle loi applicable il doit statuer[179]. Mais le principe même d'une mesure provisoire ou conservatoire est que, souvent, elle devra être demandée à un autre juge que le juge du fond. La difficulté réside alors dans le fait que ce juge ne devra pas empiéter trop profondément sur les prérogatives du juge du fond. Ceci est possible pour les saisies et autres mesures conservatoires préparant l'exécution de la décision au fond, mais plus difficile pour les autres mesures provisoires et conservatoires telles que les mesures d'instruction et le référé-provision[180].

100 Les tribunaux français se sont reconnus le pouvoir d'ordonner des saisies et mesures conservatoires sur des biens situés en France, même s'ils étaient incompétents pour connaître du litige au fond. Ainsi, le juge français autorise, en cas d'urgence, un créancier à pratiquer une saisie conservatoire, à prendre une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire ou de nantissement sur fonds de commerce sur un bien situé en France, alors même que les parties seraient toutes situées à l'étranger[181]. On explique cette solution par l'idée que les mesures conservatoires préparent l'exécution de la décision à intervenir au fond dont elles anticipent et garantissent les effets. En ce sens, elles relèvent des voies d'exécution et sont donc régies par la loi du lieu de l'exécution, c'est-à-dire du lieu de situation des biens saisis ou simplement grevés. Le Décret du 31 juillet 1992, pris en application de la Loi du 9 juillet 1991 sur les voies d'exécution, n'a pas modifié cette règle puisqu'en son article 9, il prévoit que le juge de l'exécution territorialement compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. Toutefois, ce même texte ouvre une option au demandeur qui peut également choisir de porter sa demande de mesures conservatoires devant le juge du lieu où demeure le débiteur. Si le débiteur demeure à l'étranger ou si le lieu où il demeure est inconnu, le juge seul compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. Notons que ces dispositions sont d'ordre public en vertu de l'article 10 du même Décret. Mais cet ordre public est de nature interne et, pour le moment, aucune décision de jurisprudence ne l'a étendu aux relations internationales.

101 La compétence du juge du lieu d'exécution de la mesure, prévue à l'article 9 du Décret de 1992, ne vient que confirmer la compétence déjà admise en jurisprudence avant l'intervention de la Loi de 1991[182]. Toutefois, l'article 211 du Décret de 1992, spécifique aux mesures conservatoires et aux sûretés judiciaires, comporte une disposition semble-t-il dérogatoire à l'article 9 en ce qui concerne l'autorisation de la mesure conservatoire. Ce texte précise en effet que : « Le juge compétent, pour autoriser une mesure conservatoire est le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur. » Cette disposition aurait pu être considérée comme dérogatoire à l'article 9 mais elle a été interprétée en doctrine comme devant être combinée avec l'alinéa 2 de l'article 9 lorsque le débiteur demeure à l'étranger afin de ne pas obliger le demandeur de la mesure provisoire, dans un tel cas, à porter la procédure devant le juge étranger pour obtenir une autorisation qu'il viendrait ensuite faire exécuter en France sur des biens qui y sont situés[183].

102 On se pose la question de savoir si, en ce qui concerne le référé-provision, les mêmes règles de compétence doivent s'appliquer. Certes, la jurisprudence est peu abondante mais celle publiée permet de donner une réponse positive à cette question[184].

103 On doit signaler une évolution importante du droit français au titre de la compétence juridictionnelle internationale en matière de mesures provisoires. En effet, jusqu'en 1995, la France connaissait de la règle du *forum arresti*. Cette compétence avait été admise par une décision *Nassibian*[185]. En vertu de cette compétence, les tribunaux français pouvaient se prononcer au fond, sur la validité de la créance ayant justifié la mesure conservatoire, pour permettre de valider cette mesure conservatoire et de la transformer en mesure d'exécution[186]. Mais, en 1995, puis 1997, la Cour de cassation renversa cette jurisprudence et décida que le juge français ne peut plus se déclarer compétent au principal sur le seul fait qu'il est compétent pour se prononcer sur la mesure conservatoire[187].

104 Voyons, enfin, quelle peut être la portée d'une clause d'élection de for sur la compétence du juge du provisoire. On doit noter, tout d'abord, qu'il existe très peu de jurisprudence publiée sur cette question. Quant à la doctrine, elle est plutôt favorable à une solution qui permet de maintenir l'unité judiciaire du contentieux du provisoire et du principal. Dans cette perspective, une clause d'élection de for valide et licite s'appliquera également aux mesures provisoires que l'une des parties au contrat voudra prendre à l'encontre de l'autre, même si la clause ne le précise pas expressément[188]. Dès lors, si la clause d'élection de for donne compétence à une juridiction étrangère, les tribunaux français du provisoire sont incompétents en vertu du principe selon lequel, en droit français, la compétence du juge élu est une compétence exclusive à moins que les parties n'en aient disposé autrement[189]. C'est ainsi que dans l'affaire *Compagnie de signaux et d'entreprise électrique*[190], la Cour de cassation approuve les juges du fond de s'être déclarés incompétents pour ordonner en référé une mesure d'expertise, bien que celle-ci doive être exécutée en France, en raison de la présence d'une clause d'élection de for au profit d'un juge étranger. La seule exception admise par la Cour suprême est liée à l'urgence ou le péril qui impliquerait de manière impérative l'intervention du juge français pour conserver un bien ou une créance se situant sur son territoire. On doit noter cependant que cette jurisprudence est antérieure à l'intervention de la Loi de 1991 qui, nous devons

[178] Ceci à l'exception des art. 14 et 15 du Code civil qui fondent la compétence des tribunaux français sur la nationalité du demandeur (art. 14) ou du défendeur (art. 15). Cette compétence n'est disponible qu'à titre subsidiaire, si aucune disposition de compétence ordinaire n'est disponible (Cass. civ. 1, 19 nov. 1985, *RCDIP* 1986, 712, note Lequette ; *JDI* 1986, 719, note Huet ; *JCP* 1987, II.20810, note Courbe et 7 juin 1989 ; *JCP* 1990, II.21448, note Rémery). Pour une décision qui a interdit l'application de l'art. 14 lorsque la mesure conservatoire contestée avait été prononcée à l'étranger, voir CA Paris 18 décembre 1996, *RCDIP* 1997, 527, note Santa-Croce.

[179] Cf. *infra* Nos 105 et 106.

[180] Cette distinction a été proposée par V. Delaporte (*op. cit.* note 143).

[181] Cass. civ. 1, 14 mars 1984, *Bull.* I No 98 ; *RCDIP* 1984, 598, note Oppetit ; *D.* 1984, 629, Rapport Fabre, note Robert ; *JCP* 1984, II, 20205, Concl. Gulphe, note Synvet ; *Rev. Arb.* 1985, 69 note Couchez ; Cass. civ. 1, 18 novembre 1986, *RCDIP* 1987, 760, note Audit ; *JDI* 1987, 124, note Gaillard.

[182] *Société Varonas*, Cass. civ. 2, 29 février 1984, *RCDIP* 1985, 545, note Sinay-Cytermann ; *Fahim*, Cass. Civ. 1, 6 décembre 1989, *RCDIP* 1990, 545, note Couchez ; *Smith*, Dijon, 27 mai 1992, *RCDIP* 1993, 291, note Muir Watt ; *Faloughi*, TGI Paris, 11 juillet 1990, *JDI* 1991, 722, note Revillard.

[183] P. Mayer, *Droit international privé*; 5e éd., Paris 1994, No 287, 194 ; P. de Vareilles-Sommières, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *RCDIP* 1996, p. 397, à la p. 423.

[184] *Tron*, TGI Nanterre, 9 octobre 1978, *RCDIP* 1979, 128, note Mezger, infirmée sur une autre question par Versailles, 27 juin 1979, *JDI* 1980, 894, Obs. D. Holleaux. Cette compétence est approuvée au moins par un auteur : cf. P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183) à la p. 425.

[185] Cass. civ. 1, 6 novembre 1979, *RCDIP* 1980, 588, note Couchez, *JDI* 1980, 95, rapport Ponsard.

[186] Une décision similaire avait été rendue en matière de validité d'une saisie conservatoire : *Banque camerounaise du développement*, Cass. civ. 1, 18 novembre 1986, *RCDIP* 1987, 773, note Muir Watt, *JDI* 1987, 632, note Kahn.

[187] *Cobenan*, Cass. civ. 1, 17 janvier 1995, *JCP* 1995, No 22430, note Muir Watt ; *RCDIP* 1996, 133, note Lequette ; Cass. civ. 1, 11 février 1997, *Bull.* No 47, p. 30.

[188] Cf. P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), à la p. 432.

[189] P. Mayer (*op. cit.* note 183), No 378, p. 252.

[190] Cass. civ. 1, 17 décembre 1985, *RCDIP* 1986, 537, note Gaudemet-Tallon.

Section 2 – Direct international jurisdiction

98 In France, the rules of direct jurisdiction in international cases are derived mainly from the rules of domestic territorial jurisdiction, these being extended, sometimes with adaptations, to international relations.[178]

99 In the matter of provisional and protective measures, it has always been recognised that the court which is normally competent for the merits of the case may order these measures. We will see later under which applicable law it must decide a case.[179] But the very principle of a provisional or protective measure is that it will often have to be sought from a court other than the court dealing with the merits. The difficulty then arises that this court may not encroach too far on the prerogatives of the court for the merits of the case. It is possible to avoid doing so for attachment orders and other protective measures taken in advance of enforcing the decision on the merits, but more difficult for the other provisional and protective measures, such as investigative measures and the summary procedure for interim payment (*référé-provision*).[180]

100 The French courts have given themselves the power to order attachment and protective measures against property located in France, even where they have no jurisdiction for the merits of a case. For instance, in an emergency a French court will authorise a claimant to carry out a protective attachment, to make a protective land charge entry or a charge on a business involving property located in France, even if the parties are all abroad.[181] This situation can be explained by the notion that the protective measures are preparatory to the enforcement of the decision to be made on the merits, since they anticipate and guarantee its effects. In this sense, they are part of the means of enforcement, and are therefore governed by the law of the place where the enforcement takes place, that is, the place where the attached goods are located or subject to charge. The Decree of 31 July 1992, adopted in application of the law of 9 July 1991 on means of execution, did not alter this rule, since its Article 9 provides that the court of execution with territorial jurisdiction is the one where the measure is enforced. However, the same text offers the claimant a choice: he can also decide to bring his request for protective measures to the court of the place where the debtor lives. If the debtor is living abroad or if his place of residence is unknown, the only competent court is the one for the place of enforcement of the measure. We note that these are public policy rules, under Article 10 of the same Decree. But this public policy is by nature internal and, for the moment, there has been no decision by the courts to extend it to international relations.

101 The jurisdiction of the court at the place where the measure is to be enforced, under Article 9 of the 1992 Decree, merely confirms the jurisdiction already admitted in the case law before the 1991 Law was passed.[182] However, Article 211 of the 1992 Decree, which specifically covers protective measures and judicial forms of security, carries a provision which seems to derogate from Article 9 as regards authorisation of the protective measure. This text states: "The court with jurisdiction to order a protective measure is the court of execution for the place where the debtor resides." This provision might have been regarded as a derogation from Article 9, but in legal writings it has been interpreted as requiring to be taken in combination with paragraph 2 of Article 9 where the debtor is resident abroad, in order to avoid compelling the applicant to use the protective measure; in that case, he must go to the foreign court to obtain an authorisation which he will then enforce in France against property located there.[183]

102 It may be asked whether, as regards the summary procedure for interim payment (*référé-provision*), the same rules of jurisdiction will apply. There is, admittedly, little case law on the question, but the published cases justify an affirmative answer to that question.[184]

103 There is an important development in French law concerning international jurisdiction for protective measures. Until 1995 France had the rule of the *forum arresti*. This form of jurisdiction was acknowledged in a decision in the *Nassibian* case.[185] By virtue of this jurisdiction, French courts could make a decision on the merits, on the validity of the claim on which the protective measure was based, in order to validate the protective measure and turn it into a measure of execution.[186] But in 1995, and again in 1997, the Court of Cassation reversed this decision and decided that French courts can no longer declare themselves competent on the merits solely because they are competent to decide on the protective measure.[187]

104 We will study, finally, what will be the effect of a choice of forum clause for the jurisdiction of the court ordering a provisional measure. We note, first, that there are very few published cases on this point. As for legal writings, they tend to favour a solution which makes it possible to respect judicial unity as between the provisional proceedings and that on the merits. From this point of view, a valid and lawful choice of forum clause will apply equally to any provisional measures which one of the parties to the contract wishes to take against the other, even if the clause does not expressly say so.[188] This means that if the choice of forum clause gives jurisdiction to a foreign court, the French courts dealing with provisional measures have no jurisdiction, because of the principle that in French law, the jurisdiction of the chosen court is exclusive jurisdiction unless the parties have specified otherwise.[189] Hence in the case of *Compagnie de Signaux et d'Entreprise électrique*,[190] the Court of Cassation found that the court for the merits had been right to declare itself without jurisdiction to order an expert investigation in a summary procedure despite the fact that the investigation was to be carried out in France, because there was a choice of forum clause in favour of a foreign court. The only exception admitted by the Supreme Court is in cases of emergency, or a risk which would necessarily ensue if the French court intervened to protect an asset or an obligation located on its territory. We should note, however, that this case predates the 1991 Law which,

[178] The exception is Arts 14 and 15 of the Civil Code, which base the jurisdiction of the French courts on the nationality of the claimant (Art. 14) or of the defendant (Art. 15). This is only a subsidiary jurisdiction, if no ordinary jurisdiction is available (Cass. Civ. 1, 19 Nov. 1985, *RCDIP* 1986, 712, note by Lequette; *JDI* 1986, 719, note by Huet; *JCP* 1987, II.20910, note by Courbe and 7 June 1989; *JCP* 1990, II.21448, note by Remery). For a decision which barred the application of Art. 14 when the contested protective measure was ordered abroad, see CA Paris 18 December 1996, *RCDIP* 1997, 527, note by Santa-Croce.

[179] *Cf. infra* Nos 105-106.

[180] This distinction has been suggested by V. Delaporte (*op. cit.* note 143).

[181] Cass. Civ. 1, 14 March 1984, *Bull.* I No 98; *RCDIP* 1984, 598, note by Oppetit; *D.* 1984, 629, Fabre report, note by Robert; *JCP* 1984, II.20205, Conclusion Gulphe, note by Synvet; *Rev. Arb.* 1985, 69 note by Couchez; Cass. Civ. 1, 18 November 1986, *RCDIP* 1987, 760, note by Audit; *JDI* 1987, 124, note by Gaillard.

[182] *Société Varonas*, Cass. Civ. 2, 29 February 1984, *RCDIP* 1985, 545, note by Sinay-Cytermann; *Fahim*, Cass. Civ. 1, 6 December 1989, *RCDIP* 1990, 545, note by Couchez; *Smith*, Dijon, 27 May 1992, *RCDIP* 1993, 291, note by Muir Watt; *Faloughi*, TGI Paris, 11 July 1990, *JDI* 1991, 722, note by Revillard.

[183] P. Mayer, Droit international privé, 5th ed. Paris 1994, No 287, 194; P. de Vareilles-Sommières, "La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires", *RCDIP* 1996, p. 397, p. 423.

[184] *Tron*, TGI Nanterre, 9 October 1978, *RCDIP* 1979, 128, note by Mezger, set aside on a different issue by Versailles, 27 June 1979, *JDI* 1980, 894, comment by D. Holleaux. This form of jurisdiction is however endorsed by one writer: *cf.* P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), at p. 425.

[185] Cass. Civ. 1, 6 November 1979, *RCDIP* 1980, 588, note by Couchez, *JDI* 1980, 95, report by Ponsard.

[186] A similar decision had been made in a case concerning the validity of a protective attachment: *Banque camerounaise du développement*, Cass. Civ. 1, 18 November 1986, *RCDIP* 1987, 773, note by Muir Watt, *JDI* 1987, 632, note by Kahn.

[187] *Cobenan*, Cass. Civ. 1, 17 January 1995, *JCP* 1995, No 22430, note by Muir Watt; *RCDIP* 1996, 133, note by Lequette; Cass. Civ. 1, 11 February 1997, *Bull.* No 47, p. 30.

[188] *Cf.* P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), at p. 432.

[189] P. Mayer (*op. cit.* note 183), No 378, p. 252.

[190] Cass. Civ. 1, 17 December 1985, *RCDIP* 1986, 537, note by Gaudemet-Tallon.

le rappeler, fait des règles de compétence territoriale interne des règles d'ordre public. Il conviendra donc d'attendre une nouvelle décision de la Cour de cassation pour savoir si une clause d'élection de for peut déroger à cette compétence, à condition que le litige soit un litige international. On sait en effet que, par le passé, la Cour de cassation française a admis, dans certains cas, la validité de clauses d'élection de for alors même que, en droit interne, elles auraient été annulées. De plus, l'efficacité des mesures à prendre peut militer en faveur d'une compétence, peut être exceptionnelle, même en présence d'une clause d'élection de for au profit d'un tribunal étranger.

Section 3 – Droit applicable

105 Comme l'a dit un auteur, le problème du conflit de lois est assez largement absorbé par celui du conflit de juridictions : la compétence législative appartient en principe à l'État doté de la compétence judiciaire au provisoire[191]. Cette solution est admise depuis longtemps en France et ne semble pas devoir être modifiée[192]. Elle est justifiée par l'idée que les mesures provisoires doivent être prononcées de manière rapide et que, en général, elles ne permettent pas au juge d'obtenir une connaissance suffisante d'une éventuelle loi étrangère applicable[193]. Par ailleurs, les risques de fraude que la loi du for entraîne en donnant une prime au *forum shopping* semblent, en matière de mesures provisoires, évincés par la nature même des mesures demandées et leurs effets limités dans le temps[194].

106 Cela ne veut pas dire cependant que la loi étrangère ne peut pas être consultée notamment sur la vraisemblance du droit subjectif invoqué par le demandeur à la mesure provisoire. Un auteur admet d'ailleurs que la loi étrangère occupe un rôle beaucoup plus important[195]. Toutefois, on doit noter que cet auteur s'exprime essentiellement en matière de droit de la famille, dont les spécificités peuvent effectivement entraîner une plus grande prise en considération ou même application du droit étranger du fond pour apprécier la possibilité de prononcer et d'exécuter une mesure provisoire.

Section 4 – Reconnaissance et exécution

107 Très peu de discussions ont été menées jusqu'à maintenant sur cette question en droit français. On doit simplement faire référence au droit commun de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. En France, traditionnellement, pour qu'un jugement étranger puisse être exécutoire, il n'est pas nécessaire qu'il soit définitif mais il doit être exécutoire à l'étranger. Le jugement étranger revêtu de l'exequatur n'a pas plus de force en France que dans son pays d'origine. Par conséquent, s'il vient à être remis en cause dans son pays d'origine, l'exequatur en France devient caduc[196].

108 Malgré ce principe, une partie de la doctrine est particulièrement dubitative sur la possibilité d'exécuter en France des mesures provisoires prononcées à l'étranger. Les arguments essentiels à l'encontre d'une telle exécution tiennent à la nature des mesures provisoires ou conservatoires qui se rattacheraient directement aux voies d'exécution. En tant que telles, elles relèveraient exclusivement des autorités judiciaires de l'État où elles sont prononcées[197]. On peut se demander si cette analogie est toujours pertinente. En effet, une mesure conservatoire est avant tout une décision prise par un juge qui n'a pas en elle-même la nature d'une voie d'exécution. En revanche, son exécution revêt cette nature, mais alors, la problématique n'est pas réellement différente de celle qui se pose pour toute autre décision. La seule réelle difficulté pourrait être l'ignorance par le droit du for de la mesure prononcée à l'étranger et l'impossibilité de l'exécuter en tant que telle. Toutefois, les principes actuels de coopération judiciaire internationale pourraient entraîner une obligation du juge du for de procéder à une exécution par substitution. En effet, une mesure équivalente connue par le droit du for pourrait être exécutée en lieu et place de la mesure étrangère inconnue. On voit d'ailleurs, aujourd'hui, dans la doctrine française, une tendance à admettre la reconnaissance ou l'exécution en France de certaines mesures provisoires étrangères. À titre d'exemple, on a souligné qu'une injonction de ne pas faire, prononcée à l'étranger en matière de concurrence déloyale, pourrait éventuellement être exécutée en France[198].

CHAPITRE V – PAYS-BAS

Section 1 – Description des mesures

109 En droit néerlandais, comme en droit français, il existe une multitude de mesures provisoires et conservatoires. Ce n'est pas surprenant car le Code de procédure civile néerlandais trouve son origine dans la législation napoléonienne. Pour les besoins de la présente étude, nous avons retenu seulement les saisies conservatoires et le référé-provision (*kort geding*).

110 Les saisies conservatoires sont régies par les articles 700 à 770c du Code de procédure civile. Elles permettent de sauvegarder un droit. Elles peuvent porter sur tous les biens mobiliers, immobiliers, corporels ou incorporels du débiteur. Elles ont pour effet de rendre ces biens indisponibles. En plus de la saisie, le saisissant peut demander au juge de mettre le bien en cause sous sauvegarde de justice en le confiant à un dépositaire nommé par le juge. Cette mesure est prononcée lorsque les biens sont susceptibles d'être détournés. Par ailleurs, le juge peut également prononcer la mise sous administration.

111 La saisie conservatoire peut être exécutée entre les mains d'un tiers. Celle-ci est réglementée aux articles 718 à 723.

112 La procédure applicable à la saisie est sommaire en raison de la nécessité de rapidité qui caractérise cette mesure. Elle est prise *ex parte*. Cette particularité est justifiée par l'effet de surprise recherché par la saisie. Mais toute saisie conservatoire appelle l'autorisation du juge[199].

113 Le juge, lorsqu'il autorise la saisie, doit prévoir le délai dans lequel l'introduction de la demande au fond doit être effectuée, sauf si la demande est déjà introduite au moment où le juge statue. Le délai est d'au moins huit jours après la saisie. Il sera généralement plus long si la demande au principal doit être engagée devant un arbitre ou un juge étranger. De plus, le juge peut prolonger ce délai à la demande du requérant. Si le délai fixé n'est pas respecté par le saisissant, la saisie devient caduque (art. 700-3).

114 Le juge peut exiger du saisissant qu'il constitue une garantie pour l'éventuel dommage susceptible d'être causé

[191] P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), p. 400.
[192] Voir déjà V. Delaporte (*op. cit.* note 143), p. 148.
[193] Nous préférons cette explication à l'explication traditionnelle qui faisait du droit des mesures provisoires une réglementation procédurale des pouvoirs du juge. Cf. *ibid.*
[194] Voir en ce sens P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183) à la p. 401.
[195] P. Picone, « Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato », *Riv. Dir. Int.*, 1995, p. 1 et s., à la p. 30 et s.
[196] Cass. civ. 1, 12 novembre 1986, *RCDIP* 1987, 750 et la note.
[197] V. Delaporte (*op. cit.* note 143), à la p. 155.
[198] D. Foussard, « Entre exequatur et exécution forcée – De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers », *Travaux du Comité français de droit international privé* 1997, à paraître. L'auteur est très réservé mais il cite pour une tendance moins réservée P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183); E. Jeuland, « Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for », *Rev. Rech. Jur.* 1996, 177.
[199] La compétence est normalement attribuée au président du tribunal d'arrondissement. Il y a 19 tribunaux d'arrondissement aux Pays-Bas.

as we recall, makes rules of domestic territorial jurisdiction into public policy rules. We must therefore await a decision of the Court of Cassation in order to find out if a choice of forum clause can waive this jurisdiction where the dispute is an international one. We know in fact that the French Court of Cassation has in the past admitted the validity of choice of forum clauses in certain cases where they would have been annulled under domestic law. In addition, efficiency may require that, in exceptional circumstances, jurisdiction be granted to a French court to order provisional measures even if there is a choice of court clause in favour of a foreign court.

Section 3 – Applicable law

105 As one writer has said, the problem of conflict of laws is largely a matter of conflict of jurisdictions: legislative competence lies in principle with the State which has judicial competence for provisional measures.[191] This solution has long been admitted in France, and seems unlikely to be changed.[192] It is justified by the notion that provisional measures must be ordered very rapidly, and that in general, the court which orders them cannot obtain sufficient knowledge of any foreign law which may apply.[193] Moreover, the risk of fraud which arises when the law of the forum offers an incentive for "forum shopping" does not seem to be present where provisional measures are concerned, because of the very nature of the measures sought and their limited effect in time.[194]

106 This does not mean, however, that the foreign law cannot be consulted. It may be, especially to ascertain the likelihood that the subjective right claimed by the applicant for the provisional measure actually exists. And indeed, one writer argues that the foreign law has a much more important role to play.[195] However, it should be noted that this writer is commenting chiefly on family law, with its special features which may result in extra attention being paid to the foreign law on the merits in deciding whether to award and enforce a provisional measure.

Section 4 – Recognition and enforcement

107 This question has so far been very little discussed as far as French law is concerned. Reference has simply to be made to the ordinary law on the recognition and enforcement of foreign judgments. Traditionally, in France, for a foreign judgment to be enforceable, it need not necessarily be final, but it must be enforceable abroad. The foreign judgment accompanied by an *exequatur* has no greater force in France than in its country of origin. Consequently, if it is challenged in its country of origin, the *exequatur* in France will lapse.[196]

108 Despite this principle, some writers are hesitant about the possibility of enforcing in France provisional measures ordered abroad. The main arguments against doing so turn upon the nature of the provisional or protective measures, which are directly linked with the means of enforcement. As such, they are considered to be within the exclusive province of the judicial authorities of the State where they were ordered.[197] One may ask whether this analogy is still relevant. After all, a protective measure is primarily a court order without carrying, as of itself, the nature of a writ of enforcement. However, the enforcement of the measure does carry that nature, but, at that point, the problem is not really different than the one posed for any other decision. Difficulties will only arise if the law of the forum does not itself provide for the measure ordered abroad, and if there is no means of enforcing it. However, the current principles on international judicial co-operation could make it compulsory for the court of the forum to proceed to execution by substitution, executing instead an equivalent measure which does exist in the forum law. In any case, there is now a tendency in French legal theory to admit the recognition or enforcement in France of certain foreign provisional measures. By way of example, it has been pointed out that an injunction not to act ordered abroad in a case of unfair competition could possibly be enforced in France.[198]

CHAPTER V – THE NETHERLANDS

Section 1 – Description of the measures

109 In Dutch law, as in French law, there is an abundance of provisional and protective measures. This is not surprising, since the Dutch Code of Civil Procedure has its origins in Napoleonic law. For the purposes of this study, we have chosen to concentrate only on protective attachment orders and the summary procedure for interim payment (*kort geding*).

110 Protective attachment orders are governed by Articles 700 to 770c of the Code of Civil Procedure. Their purpose is to safeguard a right. They may be made in connection with any movable or immovable property, and any material or non-material assets of the debtor. Their effect is to make it impossible to dispose of these assets. In addition to attachment, the person in whose favour the attachment order is made may ask the court to place the asset in question in the custody of the court, by entrusting it to a depositary appointed by the court. This measure is awarded where there is a risk of the assets being concealed. The court may also order the assets to be wound up.

111 A protective attachment order may be enforced *vis-à-vis* a third party. This too is governed by Articles 718 to 723.

112 The procedure for an order of attachment is a summary procedure, because of the need for rapidity which is typical of such orders. The order is made *ex parte*. This is justified by the surprise effect which an attachment calls for. But all protective attachments require authorisation by the court.[199]

113 When a court authorises an attachment, it must specify the time period within which the application on the merits is to be made, unless the case has already been introduced when the court makes its order. The time limit is at least eight days following the attachment. It will normally be longer if the application on the main case is to be instituted before an arbitrator or a foreign court. Moreover, the court may extend this time limit at the request of the applicant. If the set time limit is not observed by the beneficiary of the attachment order, the attachment will lapse (Art. 700-3).

114 The court may require the beneficiary of the order to pledge a guarantee against any damages which may be

[191] P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), p. 400.
[192] See V. Delaporte (*op. cit.* note 143), p. 148.
[193] We prefer this explanation to the traditional one, according to which the law on provisional measures was a procedural regulation of the powers of the court, *cf. ibid.*
[194] On this point, see P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183), at p. 401.
[195] P. Picone, "Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato", *Riv. Dir. Int.*, 1995, pp. 1 *et seq.*, at pp. 30 *et seq.*
[196] Cass. Civ. 1, 12 November 1986, *RCDIP* 1987, 750 and the note.
[197] V. Delaporte (*op. cit.* note 143), at p. 155.
[198] D. Foussard, "Entre exequatur et exécution forcée – De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers", *Travaux du Comité français de droit international privé* 1997, to be published. The author is very circumspect, but he points out that a less reserved approach is taken by P. de Vareilles-Sommières (*op. cit.* note 183); E. Jeuland, "Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for", *Rev. Rech. Jur.* 1996, 177.
[199] Jurisdiction is normally conferred on the President of the district court. There are 19 of these in the Netherlands.

par la saisie[200]. Il n'existe plus de procédure de validation en tant que telle depuis la Loi du premier janvier 1992. C'est la décision au fond qui établira si la mesure conservatoire était justifiée en la confirmant ou, au contraire, en ordonnant sa mainlevée[201]. La saisie conservatoire devient une saisie exécutoire quand le saisissant a obtenu un titre exécutoire au principal, que ce titre soit constitué par un jugement néerlandais ou par un jugement étranger exécutable aux Pays-Bas.

115 La saisie doit être notifiée au débiteur et, dans le cas d'une saisie entre les mains d'un tiers, aussi à ce tiers, qui a alors, tout comme le débiteur, la possibilité de demander au juge la suspension de la saisie[202].

116 Le droit néerlandais connaît également un référé-provision (*kort geding*) qui est historiquement proche du référé-provision français mais englobe également des éléments de l'injonction; il s'agit en effet d'une « mesure d'ordre ». Elle est d'une grande importance pratique. La procédure est sommaire, la décision rendue est, en principe, provisoire, mais, en fait, met très souvent fin au litige. Le référé-provision néerlandais est régi par les articles 289 à 297 du Code de procédure civile. La mesure ordonnée peut être une obligation de faire ou de ne pas faire mais peut également consister en la condamnation au paiement d'une somme d'argent. En revanche, une action déclaratoire ne peut pas être prononcée en référé[203]. La première condition est une condition d'urgence exigée par l'article 291. Le *Hoge Raad* a décidé que le juge doit apprécier l'existence de l'urgence *ex officio*[204]. Par ailleurs, le juge du référé apprécie et mesure les arguments des parties et, si ces arguments sont trop complexes, il doit rejeter la demande[205]. Le *Hoge Raad* a toutefois indiqué que « selon les conceptions du droit contemporain », le juge doit être réticent à cet égard[206]. Dans la pratique néerlandaise, en effet, les questions traitées en « *kort geding* » peuvent être fort complexes.

Section 2 – Compétence internationale directe

117 En vertu des articles 765 à 767 du Code de procédure civile, une saisie peut être pratiquée aux Pays-Bas même si le débiteur n'y a pas sa résidence, à condition que les biens sur lesquels la saisie doit être exécutée se trouvent aux Pays-Bas. C'est ce que l'on appelle la « saisie foraine ». La compétence au provisoire ne crée pas, en principe, de compétence au fond. Cependant, l'article 767 prévoit qu'*à titre subsidiaire*, la compétence donnée au juge du lieu de situation des biens lui confère compétence au fond à titre de *forum arresti*, lorsque la compétence au fond est normalement conférée à une juridiction étrangère, mais que la décision qui en résultera ne pourra pas être exécutée aux Pays-Bas[207]. Dans cette hypothèse – rare dans la pratique à cause du grand nombre de traités d'exécution ainsi qu'en raison de la jurisprudence citée ci-après[208] – le jugement au fond peut être exécuté même sur d'autres biens que ceux compris dans la saisie.

118 Si les parties sont liées par une clause d'élection de for, le juge néerlandais perd sa compétence au fond au titre du *forum arresti* et ce, même si le jugement rendu par le tribunal désigné par la clause ne pourra ensuite être exécuté aux Pays-Bas en raison de l'absence d'une convention d'exécution. Le saisissant doit donc, après avoir obtenu un jugement de condamnation à l'étranger, saisir à nouveau le juge néerlandais afin d'obtenir un titre garantissant l'exécution de la saisie sur les biens[209]. La compétence d'attribution au fond est, dans ce cas, donnée par l'article 431-2 du Code de procédure civile. Dans tous les cas où une décision étrangère ne peut pas être exécutée aux Pays-Bas faute d'une convention (ou d'une disposition légale spécifique), une nouvelle procédure peut être entamée aux Pays-Bas – le juge néerlandais est alors compétent au fond en vertu de l'article 431-2 du Code de procédure civile.

119 Comme en France, les règles de compétence juridictionnelle directe en matière internationale sont généralement tirées des règles de compétence territoriale interne, avec, dans certains cas, des adaptations pour les relations internationales. Ainsi, le président du tribunal du domicile du défendeur (art. 126-1 du Code de procédure civile) est en principe compétent pour prononcer une ordonnance en référé. De même, le président du tribunal du domicile du demandeur (art. 126-3 du Code de procédure civile) peut assumer une compétence internationale. Toutefois, les présidents sont enclins à ne pas se déclarer compétents en matière internationale lorsque l'affaire ne présente pas suffisamment de liens avec le système juridique néerlandais. Ils préfèrent alors laisser juger les tribunaux étrangers plus concernés (l'on peut rapprocher cette solution de la théorie du *forum non conveniens*). En fait, cette souplesse reflète le caractère extrêmement informel de la procédure du « *kort geding* » qui a pris une telle envergure que se pose la question de savoir si elle peut être considérée comme une « mesure provisoire » au sens de l'article 24 des Conventions de Bruxelles / Lugano[210].

120 Dans un arrêt du 24 novembre 1989, le *Hoge Raad* a jugé que le juge néerlandais est compétent pour ordonner des mesures ou interdictions à portée extraterritoriale[211]. En l'occurrence, il s'agissait d'atteinte au droit de propriété intellectuelle. Les défendeurs étaient notamment de nationalité américaine, française et néerlandaise et la mesure demandée visait des actes de violation de marque dans le Benelux. Le fait que la mesure visait éventuellement des actes accomplis à l'étranger n'a pas empêché le juge néerlandais de la prononcer pour tout le préjudice éventuellement à subir par le demandeur en Belgique et au Luxembourg.

121 L'existence d'une clause d'élection de for désignant un tribunal étranger ne semble pas empêcher nécessairement le président du tribunal néerlandais d'être compétent en référé. Dans son arrêt du 17 octobre 1991[212], la Cour d'appel d'Amsterdam, tout en rejetant en l'occurrence la compétence en référé, semble admettre la possibilité que, dans certains cas d'urgence, le juge des référés est compétent malgré l'existence d'une clause d'élection de for[213].

CHAPITRE VI – SUISSE

Section 1 – Description des mesures

122 À l'instar du droit allemand, le droit suisse distingue deux mesures provisoires au sens large. Si la mesure a pour objet le recouvrement d'une créance d'argent, c'est par la voie d'un séquestre (*Arrest*) qu'il faut procéder. En revanche, pour les

[200] Art. 701 du Code de procédure civile.
[201] Art. 704 du Code de procédure civile.
[202] Art. 705 du Code de procédure civile.
[203] *Hoge Raad*, 2 avril 1976, *NJ* 1977 No 361.
[204] 2 février 1968, *NJ* 1968 No 62.
[205] *Hoge Raad*, 8 janvier 1965, *NJ* 1965 No 162 et 4 juin 1993 *NJ* 1994 No 659. Cette exigence est identique à ce qui a été expliqué ci-dessus pour le droit français; cf. *supra* No 86.
[206] Voir *Hoge Raad*, 2 avril 1993, *NJ* 1994 No 650, cassant un arrêt où la Cour avait refusé d'examiner l'historique d'une loi basée sur une convention internationale, estimant que cet examen déborde de la tâche du juge du référé. Cette conception a été considérée comme « trop étroite » par le *Hoge Raad*.
[207] Ce sera le cas, notamment, lorsque le pays étranger sur le territoire duquel la compétence est fondée n'est pas lié aux Pays-Bas par une convention en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.
[208] Cf. *infra* No 120.
[209] *Hoge Raad*, 16 juin 1995, *RvdW* 1995 No 139, confirmant *Hoge Raad*, 17 décembre 1993, *NJ* 1994 Nos 348, 349 et 350.
[210] Pour plus de développements sur cette question, cf. *infra* Nos 147 et s.
[211] Affaire *Interlas c. Lincoln*, *NJ* 1992 No 404 et *NIPR* 1991 No 117.
[212] *NIPR* 1992 No 123.
[213] Voir aussi R.C. Gisolf et Th. M. de Boer, *Kort geding en rechter*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, Ch. 5, p. 79 à 97.

sustained in the course of the attachment.[200] Since the Law of 1 January 1992, there is no longer any validation procedure as such. It is the decision on the merits which will determine whether the protective measure was justified, by confirming it or ordering it to be lifted.[201] A protective attachment order will be enforceable when its beneficiary has obtained a writ of execution in the main case, whether the writ consists of a judgment in a Dutch court or a foreign judgment enforceable in the Netherlands.

115 The attachment must be notified to the debtor, and in the case of an attachment *vis-à-vis* a third party, to the third party also, who will then have the option, as has the debtor, of asking the court to suspend the attachment.[202]

116 Dutch law also has an interim payment order (*kort geding*) which is historically close to the French *référé-provision*, but which also contains elements of an injunction; it is, in fact, a "measure of order". It is enormously significant in practice. The procedure is a summary one, the decision handed down is, in principle, a provisional one, but in fact it often puts an end to the litigation. The Dutch summary procedure for interim payment (*kort geding*) is governed by Articles 289 to 297 of the Code of Civil Procedure. The measure which is ordered may be an obligation to do or refrain from doing something, but may also consist of an order to pay a sum of money. On the other hand, declaratory action cannot be decided in summary proceedings.[203] The first condition is that there must be an emergency as stipulated in Article 291. The *Hoge Raad* has decided that the court must appraise the existence of an emergency *ex officio*.[204] Moreover, the court in summary proceedings hears and weighs the arguments of the parties, and if these arguments are too complex, must reject the application.[205] The *Hoge Raad* has however stated that "according to the notions of contemporary law", the court must be reticent in this respect.[206] In fact, in Netherlands practice the issues handled in "*kort geding*" may be extremely complex.

Section 2 – Direct international jurisdiction

117 Under Articles 765 to 767 of the Code of Civil Procedure, an attachment may take effect in the Netherlands even if the debtor does not reside there, provided the property to be attached is in the Netherlands. This is called the "foreign attachment" (*saisie foraine*). In principle, jurisdiction for provisional measures does not create jurisdiction for the merits of a case. However, Article 767 states that *subsidiarily*, the competence given to the court of the place where the assets are located confers on it jurisdiction for the merits by way of *forum arresti*, when jurisdiction for the merits is normally conferred on a foreign court, but that the resulting decision cannot be enforced in the Netherlands.[207] In such a case – a rare one in practice because of the large number of enforcement agreements, as well as the jurisprudence referred to below[208] – the judgment on the merits may be enforced even against other assets than those affected by the attachment.

118 If the parties are bound by a choice of forum clause, the Dutch court will lose its jurisdiction on the merits under the *forum arresti* rule, even if the judgment handed down by the court appointed under the clause cannot subsequently be enforced in the Netherlands, because there is no treaty on execution. The applicant must therefore, having obtained an award in his favour abroad, apply afresh to the Dutch court to obtain a writ guaranteeing enforcement of the attachment.[209] In that case, jurisdiction on the merits will be conferred according to Article 431-2 of the Code of Civil Procedure. In all cases where a foreign decision cannot be enforced in the Netherlands because there is no treaty (or specific legal provision), a new procedure may be instituted in the Netherlands; the Dutch court will then have jurisdiction on the merits under Article 431-2 of the Code of Civil Procedure.

119 As in France, the rules of direct jurisdiction in international cases are generally drawn from the rules of domestic territorial jurisdiction, in certain cases with adaptations to international relations. Thus the president of the court of the defendant's domicile (Art. 126-1 of the Code of Civil Procedure) is in principle competent to make an order in summary proceedings. Likewise, the president of the court for the applicant's domicile (Art. 126-3 of the Code of Civil Procedure) may assume international jurisdiction. However, presiding judges are inclined not to declare themselves competent in international cases where the case does not present enough connection with the Dutch legal system. They prefer in such cases to let the foreign courts more closely concerned handle the case (this solution may be seen as akin to the theory of *forum non conveniens*). In fact, this flexibility reflects the extremely informal character of the *kort geding* procedure, which has grown to such dimensions that the question arises whether it can be regarded as a "provisional measure" within the meaning of Article 24 of the Brussels / Lugano Conventions.[210]

120 In a judgment of 24 November 1989, the *Hoge Raad* found that the Dutch court had jurisdiction to order measures or make restraining orders having international effects.[211] In this instance, it was a matter of an infringement of an intellectual property right. The defendants, incidentally, were of United States, French and Dutch nationality, and the requested measure involved trademark infringements in Benelux. The fact that the measure would affect acts performed abroad did not prevent the Dutch court from ordering it, because the applicant stood to suffer losses in Belgium and Luxembourg.

121 The existence of a choice of forum clause in favour of a foreign court does not necessarily seem to prevent the President of the Dutch court from having jurisdiction in summary proceedings. In its judgment of 17 October 1991,[212] the Court of Appeal of Amsterdam, while declining jurisdiction in summary proceedings, seemed to admit the possibility that in certain urgent cases, the court in summary proceedings has jurisdiction in spite of the existence of a choice of forum clause.[213]

CHAPTER VI – SWITZERLAND

Section 1 – Description of the measures

122 As in German law, Swiss law has two provisional measures *largo sensu*. When the objective of the measure is to recover a sum of money, one must request a sequestration order (*séquestre*) (*Arrest*). For all other substantive rights,

[200] Art. 701 of the Code of Civil Procedure.
[201] Art. 704 of the Code of Civil Procedure.
[202] Art. 705 of the Code of Civil Procedure.
[203] *Hoge Raad* 2 April 1976, *NJ* 1977 No 361.
[204] 2 February 1968 *NJ* 1968 No 62.
[205] *Hoge Raad* 8 January 1965, *NJ* 1965 No 162 and 4 June 1993, *NJ* 1994 No 659. This requirement is identical to the one already explained for the French system, see *supra* No 86.
[206] See *Hoge Raad* 2 April 1993, *NJ* 1994 No 650, setting aside a judgment in which the Court had declined to consider the antecedents to a law based on an international convention, on the basis that this would go beyond the duties of the court in summary proceedings. This approach, according to the *Hoge Raad*, was "too narrow".
[207] This will apply, for instance, if the foreign country on whose territory jurisdiction is based is not linked to the Netherlands by an agreement on the recognition and enforcement of foreign judgments.
[208] *Cf. infra* No 120.
[209] *Hoge Raad* 16 June 1995, *RvdW* 1995 No 139, confirming *Hoge Raad* 17 December 1993, *NJ* 1994 Nos 348, 349 and 350.
[210] For further remarks on this question, see *infra* Nos 147 *et seq.*
[211] Case of *Interlas v. Lincoln*. *NJ* 1992 No 404 and *NIPR* 1991 No 117.
[212] *NIPR* 1992, No 123.
[213] See also R.C. Gisolf and Th. M. de Boer, *Kort geding en rechter*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, Ch. 5, pp. 79-97.

autres droits subjectifs, c'est une mesure provisoire ou conservatoire au sens strict (injonction provisoire; *Vorsorgliche Massnahme, provisorische Massnahme*) qui peut être requise. Cette distinction est fondamentale en vue de la source de droit applicable: alors que le séquestre est réglé par une loi fédérale qui établit un règlement unifié pour l'ensemble du territoire helvétique[214], les autres mesures provisoires sont réglées par les 26 codes de procédure civile cantonaux. Dans ce dernier cas, le système est donc différent d'un canton à l'autre[215].

123 Le séquestre est une mesure qui permet de geler les biens du débiteur afin que le créancier puisse être désintéressé sur ces biens s'il parvient à démontrer son droit. Le séquestre peut être prononcé à condition que le créancier puisse se prévaloir d'une dette exigible[216] et qu'elle ne soit pas assortie d'un droit préférentiel. Pour obtenir un séquestre, le créancier doit démontrer que sa créance est vraisemblable et qu'il se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 271 de la LP[217]. En outre, et ce contrairement au droit allemand, le créancier doit désigner précisément les biens à séquestrer et ceci doit être fait canton par canton car le juge genevois ne peut pas prononcer le séquestre d'un bien qui se trouve par exemple dans le canton de Zurich. Pour ce faire, la difficulté varie selon la nature des biens concernés:

– les objets (meubles ou immeubles, papiers-valeur) doivent être désignés par une description et par une indication précise de leur lieu de situation;

– les créances sont désignées par l'indication du nom et de l'adresse du créancier et du tiers débiteur. S'il s'agit d'une créance bancaire, la relation bancaire préexistante entre le débiteur à séquestrer et la banque auprès de laquelle le séquestre devra être exécuté doit être vraisemblable;

– les biens détenus à titre fiduciaire, en revanche, ne peuvent pas être séquestrés car ils appartiennent au fiduciaire en toute propriété[218]. Seule une fraude ou un abus de droit permettrait de passer outre «lorsque l'identité économique absolue entre le débiteur et le tiers n'est d'entrée de cause, ni contestable, ni sérieusement contestée et que, manifestement, le débiteur se réfugie derrière la dualité juridique pour se soustraire à l'exécution forcée»[219].

Il est également important de souligner qu'en vertu du principe de territorialité qui régit l'exécution forcée, seuls les biens et avoirs du débiteur situés en Suisse peuvent être séquestrés. Le Tribunal fédéral exige de surcroît que les biens se trouvent durablement en Suisse. Il ne suffit donc pas qu'ils soient apportés par un propriétaire en transit pour être ressortis aussitôt.

124 La désignation des biens séquestrés pose des problèmes particuliers lorsque le séquestre est exécuté sur des avoirs déposés auprès d'un établissement bancaire. La pratique avait admis, sous l'égide de l'ancien droit, que les biens soient désignés par leur genre uniquement (séquestres dits «génériques»)[220]. Les séquestres «investigatoires» ne sont pas admis. Le séquestre est dit «investigatoire» lorsque le créancier requiert un séquestre auprès d'un nombre important d'établissements bancaires dénotant, en cela, qu'il ignore l'existence ou non d'avoirs appartenant au débiteur auprès de l'un ou l'autre de ces établissements.

125 Le séquestre peut être prononcé dans cinq cas prévus par la loi[221]:

– lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe;

– lorsque le débiteur, dans l'intention de se soustraire à ses obligations, fait disparaître ses biens, s'enfuit ou prépare sa fuite;

– lorsque le débiteur est de passage, ou rentre dans la catégorie des personnes qui fréquentent les foires et les marchés, si la créance est immédiatement exigible en raison de sa nature;

– lorsque le créancier possède contre le débiteur un acte de défaut de biens;

– lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse, s'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur un jugement exécutoire ou sur une reconnaissance de dette.

126 En ce qui concerne le dernier cas, celui dans lequel le débiteur n'habite pas en Suisse, il faut comprendre cette disposition de la manière suivante: le critère ici est celui du domicile ou du siège pour une personne morale et non la nationalité. En conséquence, un séquestre peut être demandé à l'encontre des biens d'un citoyen suisse résidant à l'étranger. La notion de résidence, domicile ou siège, est réglée par les articles 20 et 21 de la Loi fédérale de droit international privé[222].

127 Par ailleurs, on aura noté que pour pouvoir prononcer un séquestre dans le cas d'un débiteur qui n'habite pas la Suisse, encore faut-il que la créance à l'origine du séquestre ait un lien avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur un titre. Ce lien est constitué, soit par le domicile suisse du créancier, soit par l'un ou l'autre des points de rattachement du droit international privé suisse en matière de compétence: une activité commerciale en Suisse ou la disponibilité de preuves. En revanche, la seule présence de biens, la nationalité de l'une ou de l'autre des parties ne semblent pas contribuer à créer un lien suffisant avec la Suisse[223].

[214] Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (ci-après LP). Le séquestre est réglé aux art. 271 et s. de la LP. Ces dispositions ont récemment fait l'objet d'une révision partielle. Le nouveau texte est entré en vigueur le 1er janvier 1997.

[215] Trois catégories essentielles de mesures peuvent être identifiées en droit suisse: les mesures conservatoires (*Sicherungsmassnahmen*), ainsi appelées «mesures de protection», visent à maintenir en l'état l'objet du litige ou d'autres biens afin d'assurer l'exécution ultérieure du droit invoqué dans le procès au fond; les mesures de réglementation (*Regelungsmassnahmen*) sont des mesures provisoires par excellence puisqu'elles permettent de régler une situation juridique pour une période donnée dans l'attente d'une décision définitive; les mesures de condamnation (*Leistungsmassnahmen*) annulent l'effet suspensif d'une voie de recours ordinaire à l'encontre d'une décision déjà prise et permet l'exécution provisoire totale ou partielle de la décision au fond. Quant aux mesures probatoires, elles font partie d'une quatrième catégorie et permettent d'ordonner des investigations destinées à servir dans le procès au fond ou à s'assurer qu'il existe effectivement une prétention juridique protégée par la loi (mesures probatoires *in futurum*). Cette liste est puisée dans l'ouvrage d'A. Bucher, *Droit international privé suisse*, tome I/1, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 118, No 336.

[216] Art. 271, al. 1er et 2, de la LP.

[217] Cf. *infra* No 125.

[218] Cf. par ex. *ATF* 107 III, p. 103, 104.

[219] J. Terracina, E. Maugue, X. Petremand, «Le nouveau droit du séquestre en Suisse», *RDAI* 1996, p. 867, citant un arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 1994, non publié.

[220] Par ex. le créancier demanderait un séquestre pour «tous comptes, espèces, créances, titres et autres biens en dépôt ouverts ou en coffres-forts appartenant au débiteur».

[221] Art. 271, al. 1er, de la LP.

[222] Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après LDIP). L'art. 20 se lit de la manière suivante:

«1 Au sens de la présente loi, une personne physique:

a a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir;

b a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée;

c a son établissement dans l'État dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales.

2 Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante. Les dispositions du Code civil relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables».

Quant à l'art. 21, il prévoit:

«1 Pour les sociétés, le siège vaut domicile.

2 Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. À défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait.

3 L'établissement d'une société se trouve dans l'État dans lequel elle a son siège ou une succursale.»

[223] On doit préciser ici que ces différents éléments que nous suggérons au texte n'ont pour le moment pas été confirmés par la jurisprudence. Par exemple, on peut se demander si la nationalité suisse commune des parties au procès ne pourrait pas éventuellement créer un lien suffisant.

one may request a provisional or protective measure *stricto sensu* (injunction; *vorsorgliche Massnahme*, *provisorische Massnahme*). Distinguishing both categories is absolutely essential for the source of applicable law: the *séquestre* is regulated by a federal text which forms a unified body of law for the Swiss territory as a whole;[214] the other provisional measures are regulated by the Codes of Civil Procedure of the 26 cantons. In the latter case, the system is different from one canton to the other.[215]

123 A sequestration order is a measure which freezes the debtor's assets so that the creditor may be paid out of those assets once he has prevailed in the litigation on the merits. Such an order may be made as long as the creditor can show that he has a due debt[216] and that it does not enjoy any preferential claim. To be granted a sequestration order, the creditor must demonstrate that his claim is credible and that he is within one of the cases listed under Article 271 of the LP.[217] In addition, and this is contrary to German law, the creditor must specify exactly which goods are to be sequestered and this must be done canton by canton, as a court in Geneva cannot order sequestration of property located in the canton of Zurich. The difficulty of doing this varies according to the nature of the property concerned:

– objects (movable or immovable, securities) must be designated by a description or a precise indication of their location;

– debts payable are indicated by stating the name and address of the creditor and of the debtor third party. In the case of a bank holding, the pre-existing banking relationship between the sequestered debtor and the bank in which the sequestration is to take place must be demonstrated with a degree of probability;

– goods held in trust, on the other hand, cannot be sequestered as they belong to the trustee.[218] Only fraud or wrongdoing will justify an exception to this rule: "When the absolute economic identity as between the debtor and the third party is not disputed nor contestable nor seriously contested, and when it is clear that the debtor is taking refuge in legal duality in order to evade enforcement".[219]

It is also important to underline that only assets of the debtor located in Switzerland may be the subject of a sequestration order. This is due to the principle of territoriality which applies to forced execution. The Federal Supreme Court requires further that the assets be permanently in Switzerland. Thus, it is not enough that they be brought in the country on a temporary basis to be taken immediately outside.

124 The appointment of the assets to be sequestered poses special problems when the sequestration is carried out on assets deposited with a bank. Under the auspices of the former law, practice had allowed for the assets to be designated only by their generic nature (the so-called "generic" sequestration).[220] "Investigatory" sequestrations are not admitted. The sequestration is called "investigatory" where the creditor requests sequestration from a considerable number of banks, stating in so doing that he does not know whether assets belonging to the debtor are with one or the other of them.

125 Sequestration can be ordered in five instances specified by law:[221]

– when the debtor has no fixed abode;

– when the debtor, with the intention of evading his obligations, makes his assets disappear, flees or prepares to flee;

– when the debtor is in transit, or is in the category of persons who frequent fairs and markets, if the debt is immediately repayable by reason of its nature;

– if the creditor possesses a notice of property default against the debtor;

– when the debtor does not live in Switzerland, if there is no other case of sequestration, provided the claim has a connection with Switzerland or is based on an enforceable judgment or on an admission of debt.

126 As regards the latter case, where the debtor does not live in Switzerland, this provision has to be seen as follows: the criterion here is that of the domicile or headquarters of a legal person, not the nationality. Consequently, no sequestration can be sought against property of a Swiss citizen residing abroad. The notion of residence, domicile or headquarters is governed by Articles 20 and 21 of the Federal Act on Private International Law.[222]

127 Furthermore, it will have been noted that in order to make an order for sequestration against a debtor who does not live in Switzerland, it is also required that the claim which underlies the order has a connection with Switzerland or is based on a title. This connection consists of either a Swiss domicile for the creditor, or one or other of the connecting factors in Swiss private international law concerning jurisdiction: a commercial activity in Switzerland or the availability of proof. On the other hand, the mere presence of property, or the nationality of one or other of the parties, do not seem to be enough to create a sufficient connection with Switzerland.[223]

[214] Federal Law on debt recovery and bankruptcy of 11 April 1889 (hereinafter the LP). The *séquestre* is regulated by Arts 271 *et seq.* of the LP. This has been recently partially revised. The new text entered into force on 1 January 1997.

[215] There are three main categories of measures in Swiss law: protective measures (*Sicherungsmassnahmen*) which seek to keep the status quo on the subject of the dispute or other property, so that the right relied upon in the substantive case can later be enforced; regulatory measures (*Regelungsmassnahmen*) which are provisional measures par excellence, as they regulate a legal situation for a given period while awaiting a final decision; and measures ordering performance (*Leistungsmassnahmen*) which cancel the suspensive effect of an ordinary appeal against a decision already handed down, and enable the decision on the merits to be enforced, in whole or in part. As for investigative measures, these belong to a fourth category: they enable investigations to be ordered for later use in the proceedings on the merits, or to establish that there is in fact a legal claim protected by law (investigative measures *in futurum*). This list has been taken from the work of A. Bucher, *Droit international privé suisse*, Vol. I/1, Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 118, No 336.

[216] Art. 271, paras 1 and 2, of the LP.

[217] *Cf. infra* No 125.

[218] *ATF* 107 III, 103, 104.

[219] J. Terracina, E. Maugue and X. Petremand, "Le nouveau droit du séquestre en Suisse", *RDAI* 1996 p. 867, who cite an unpublished decision of the Federal Supreme Court of 29 March 1994.

[220] For example, the creditor would request sequestration of "all accounts, cash, claims, titles and other assets either on open deposit or in safes belonging to the debtor".

[221] Art. 271, para. 1, of the LP.

[222] Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 (hereinafter the LDIP). Art. 20 reads as follows:

"1 For the purposes of this law, a natural person:

a has his domicile in the State in which he resides with the intention of settling there;

b has his habitual residence in the State in which he has lived for a period of time, even if this period is initially limited;

c has his establishment in the State in which the centre of his professional or commercial activities is located.

2 No person can have more than one domicile. If a person is not domiciled anywhere, the habitual residence will be determining. The provisions of the Civil Code on domicile and residence will not apply."

Art. 21 provides:

"1 For companies, the head office is the domicile.

2 The head office of a company is deemed to be the place appointed in the statutes or articles of association of the company. If none is appointed, the head office of a company is the place where the company is actually administered.

3 The establishment of a company is in the State where it has its head office or a branch office."

[223] It should be explained here that the various factors suggested in the text have not yet been confirmed by the case law. For instance, one may wonder whether Swiss nationality, shared by both parties to a case, would not perhaps create a sufficient connection.

128 Quant à l'exigence d'un titre, autre branche de l'alternative pour pouvoir prononcer un séquestre lorsque le débiteur habite à l'étranger, il s'agit soit d'un jugement exécutoire, soit d'une reconnaissance de dettes. En ce qui concerne le jugement exécutoire rendu à l'étranger, il n'est pas nécessaire que ce jugement soit reconnu ou exécuté en Suisse, il suffit qu'il soit exécutoire dans l'État d'origine.

129 L'ordonnance de séquestre est rendue sur requête du créancier. La procédure est sommaire et *ex parte*. Le juge peut imposer au créancier des garanties, soit au moment où l'ordonnance est rendue, soit ultérieurement lorsque le débiteur aura fait opposition à la mesure. L'ordonnance en elle-même n'a pas de valeur concrète et doit faire l'objet d'une exécution par l'autorité administrative compétente, c'est-à-dire l'Office des poursuites de l'arrondissement concerné. Le séquestre est alors exécuté sans délai et le débiteur ainsi que le tiers saisi sont informés de l'existence de ce séquestre.

130 Une innovation importante a été introduite par la réforme de la LP, en son article 91, lequel fait peser sur le débiteur une obligation générale d'information, le débiteur devant indiquer, jusqu'à due concurrence, tous les biens qui lui appartiennent, même ceux qui ne sont pas en sa possession, ainsi que ses créances et autres droits contre des tiers[224]. Le créancier peut également demander à ce que les locaux et les meubles du débiteur soient ouverts et libres d'accès[225]. La violation de cette obligation est sanctionnée par des arrêts ou des amendes prévues à l'article 323, chapitre 2, du Code pénal[226].

131 Quant au tiers détenteur de biens visés par le séquestre ou le débiteur d'une créance au profit du débiteur à l'encontre de qui le séquestre a été prononcé, il est sous le coup d'une obligation similaire d'informer le créancier[227]. Cette disposition s'applique aux banques qui ne peuvent donc, en principe, se retrancher derrière le secret bancaire. Mais, contrairement à l'obligation d'information pesant sur le débiteur, celle pesant sur les tiers n'engage pas leur responsabilité pénale mais seulement une responsabilité civile dans la mesure où le créancier bénéficiaire du séquestre subirait un dommage du fait de l'absence d'indication relative à la présence d'avoirs ou à leur quotité. Par exemple, il en va ainsi lorsque le créancier engage inutilement des frais pour valider le séquestre alors que le tiers ne détenait en réalité aucun bien appartenant au débiteur.

132 Il doit y avoir notification du séquestre au débiteur. Si le débiteur est situé à l'étranger, la notification devra suivre les règles normales de notification à l'étranger, soit en vertu du droit conventionnel ou du droit commun en l'absence de convention applicable. Le créancier étranger peut élire domicile en Suisse ou, à défaut, il est réputé domicilié à l'Office des poursuites[228].

133 La notification permet au débiteur d'être informé et, dès lors, de former opposition au séquestre. Le but de cette procédure est de permettre au juge de vérifier le bien-fondé du séquestre après avoir entendu le débiteur. Le juge devra donc contrôler les conditions d'autorisation : vraisemblance de la créance invoquée par le créancier ; existence d'un des cas de séquestre prévu par la loi ; désignation et existence des biens à séquestrer. Cette procédure d'opposition doit être formée dans les dix jours à compter de la date à laquelle l'opposant a eu connaissance de la mesure. Le juge doit entendre les parties et statuer sans retard, de manière à ce que la procédure conserve son caractère sommaire et rapide. La décision rendue sur opposition par le juge du séquestre est susceptible de recours dans un délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. Mais, ni l'opposition, ni le recours subséquent à l'encontre de la décision se prononçant sur l'opposition n'ont d'effet suspensif. Le séquestre subsiste donc durant cette période, d'où l'importance d'une procédure rapide.

134 La nature provisoire du séquestre entraîne l'obligation d'une instance en validité, de manière à ce que la mesure soit remplacée par une décision judiciaire sur le fond. En cela, le séquestre est très proche de la procédure française de saisie conservatoire. Cette procédure en validité doit être initiée dans les dix jours suivant la date de réception du procès-verbal de séquestre par le créancier. Cette procédure en validité peut prendre des formes multiples : réquisition de poursuite auprès de l'Office des poursuites du lieu de situation des biens séquestrés ou action civile de droit commun.

135 Dans les rapports internationaux, l'action civile en validité de séquestre peut être introduite au for suisse du séquestre si le débiteur est domicilié à l'étranger, sous réserve de traités internationaux[229]. Mais ce for admet des fors concurrents, tel celui constitué par une clause d'élection de for[230].

Section 2 – Compétence internationale directe

136 La règle générale de compétence internationale directe est énoncée à l'article 10 de la LDIP, qui dispose que : « Les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond. » Par ailleurs, plusieurs règles spéciales sont prévues dans des domaines particuliers, notamment à l'article 62, alinéa premier (en matière de divorce ou de séparation de corps) et à l'article 89 (en matière successorale), deux domaines sur lesquels nous n'insisterons pas dans la mesure où ils seront vraisemblablement exclus du champ d'application matériel de la future Convention, en vue de laquelle la présente étude est rédigée.

137 L'article 153 dispose que : « Les mesures destinées à protéger les biens sis en Suisse de sociétés qui ont leur siège à l'étranger ressortissent aux autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation des biens à protéger. »[231]

138 La teneur même de l'article 10 et les termes utilisés permettent une interprétation *a fortiori* du texte et de conclure que le juge suisse ayant compétence au fond du litige peut prononcer des mesures provisoires. En d'autres termes, ce sont toutes les dispositions de la LDIP créant des compétences juridictionnelles directes au fond qui peuvent justifier une compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires.

139 Lorsque, malgré l'existence d'une compétence au fond sur le territoire suisse, l'action a été intentée devant un tribunal étranger, le tribunal suisse conserve-t-il le pouvoir de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire ? L'article 9 de la LDIP prévoit que le tribunal suisse suspend la cause lorsque l'action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, s'il est prévisible que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une

[224] Art. 91, al. 2 et 3, de la LP.
[225] Art. 91, al. 3, de la LP.
[226] Nous ne pensons pas que la nature pénale des sanctions visées par le texte puisse modifier l'attitude des ordres juridiques étrangers par rapport à cette obligation d'informer du débiteur. Il est clair que les sanctions non pécuniaires, éventuellement mises à la charge du débiteur, ne seront d'application que territoriale s'il devait se rendre en Suisse et pourraient ne pas se voir appliquées à l'étranger. Cet élément vient amoindrir sensiblement l'obligation en cause lorsque le débiteur est situé à l'étranger. Toutefois, cette obligation est néanmoins importante et ressemble comme une sœur aux *disclosure orders* du droit anglais (cf. *supra* No 20).
[227] Art. 91, al. 4, de la LP. En cela, le droit suisse est semblable au droit allemand et au droit français.
[228] Art. 272, al. 2, de la LP ; art. 278, al. 1er, de la LP.
[229] Art. 4 de la LDIP.
[230] Art. 5 de la LDIP.
[231] On doit également signaler l'art. 168 qui prévoit des mesures conservatoires lorsqu'il doit être reconnu une décision de faillite étrangère et l'art. 183 qui autorise les tribunaux arbitraux, statuant en application des art. 176 et s. à ordonner des mesures provisoires. Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, nous n'aborderons pas ces questions dans la présente étude.

128 As for the requirement of a title, which is another option for awarding a sequestration order when the debtor lives abroad, this will be either an enforceable judgment or an admission of debt. As regards an enforceable judgment rendered abroad, it is not necessary for the judgment to be recognised or enforced in Switzerland, provided it is enforceable in the State of origin.

129 A sequestration order is made on application by the creditor. The procedure is a summary one and *ex parte*. The court may impose guarantees on the creditor, either at the time when the order is made, or subsequently if the debtor has objected to the measure. The order in itself has no concrete value; it has to be put into execution by the competent administrative authority, that is, the execution department of the district concerned. The sequestration will then be carried out without delay, and both the debtor and the third party concerned will be informed of its existence.

130 An important innovation has been introduced through the reform of the LP by Article 91 which imposes on the debtor a general obligation to provide information. He must give an up-to-date statement on the property he holds, even such items as are not in his possession, as well as on his claims and other rights *vis-à-vis* third parties.[224] The creditor may also ask for the premises and movables of the debtor to be made open and free of access.[225] A breach of this obligation will be sanctioned by the detention or fine laid down in Article 323, Chapter 2, of the Penal Code.[226]

131 As for a third party who holds property which is subject to sequestration, or the debtor of an obligation against whom sequestration has been ordered, he has a similar obligation to inform the creditor.[227] This rule applies to banks, which cannot therefore in principle hide behind banking secrecy. But unlike the obligation of information which is incumbent on the debtor, the one affecting third parties does not involve any criminal responsibility on their part, but simply a civil responsibility, in so far as the creditor who benefits from the sequestration would suffer damage from the absence of any indication of the presence or amount of the assets. This would be the case, for example, if the creditor were to incur expenditure fruitlessly in order to validate the sequestration, although the third party did not in fact hold any property belonging to the debtor.

132 The debtor must be notified of the sequestration. If the debtor is abroad, the notification must follow the ordinary rules for service abroad, either under treaty law or under ordinary law if there is no convention which applies. The foreign creditor may elect domicile in Switzerland, failing which he is deemed to be domiciled at the execution department.[228]

133 The notification ensures that the debtor will be informed, and will therefore be able to object to the sequestration. The aim of this procedure is to enable the court to ascertain, once the debtor has put his case, that the sequestration is well founded. The court must therefore ensure that the conditions for allowing sequestration are met: the probability of the obligation relied upon by the creditor being genuine; the existence of one of the cases for sequestration prescribed by law; and the designation and existence of the assets to be sequestered. The opposition procedure must be launched within ten days from the date on which the objector learned of the measure. The court must hear the parties and make a decision without delay, so that the procedure retains its summary and speedy character. A contested decision rendered by the court of sequestration may be appealed within ten days from the making of the award. But neither a challenge nor a subsequent appeal against the decision on the challenge will have any suspensive effect. The sequestration will therefore continue in force during this period, which explains the importance of a rapid procedure.

134 The provisional nature of a sequestration makes it compulsory to hold a court hearing on its validity, so that the measure can be replaced by a judicial decision on the merits. In this respect, sequestration is very close to the French procedure of protective attachment. This validation procedure must be initiated within ten days of the date when the creditor receives the memorandum of the sequestration. This procedure for validation may take a variety of forms: a writ of execution to the execution department of the place where the sequestered assets are located, or a civil action under ordinary law.

135 In international cases, a civil action to validate the sequestration may be instituted in the Swiss forum of the sequestration if the debtor is domiciled abroad, subject to international treaty.[229] But this forum allows for concurrent fora, such as the one determined by a choice of forum clause.[230]

Section 2 – Direct international jurisdiction

136 The general rule on direct international jurisdiction is found in Article 10 of the LDIP, which states: "The Swiss judicial or administrative authorities may order provisional measures, even if they have no jurisdiction to deal with the merits of the case." In addition, there are several special rules in different matters such as Article 62, first paragraph, in matters of divorce or separation or Article 89, in inheritance cases. We will not focus on these two areas, because they probably lie outside the substantive scope of the future Convention for which this study has been prepared.

137 Article 153 states: "Measures intended to protect the property in Switzerland of companies with their headquarters abroad will be taken by the judicial or administrative authorities of the place where the property is located."[231]

138 The purport of Article 10, and the language used, warrant an interpretation *a fortiori* of the text, leading to the conclusion that a Swiss court which has jurisdiction for the merits of the case may order provisional measures. In other words, all the provisions of the LDIP which create direct jurisdiction on the merits of a case may warrant competence also for provisional and protective measures.

139 If despite the fact that there is jurisdiction on the merits on Swiss territory, an action has been brought before a foreign court, does the Swiss court still have power to order a provisional or protective measure? Article 9 of the LDIP states that the Swiss court should stay the proceedings where the action which has the same subject matter is already pending between the same parties abroad, if it can be anticipated that the foreign court will render within a reasonable time a

[224] Art. 91, paras 2 and 3, of the LP.
[225] Art. 91, para. 3, of the LP.
[226] We do not think the penal character of the sanctions in this text will change the attitude of foreign legal systems towards this obligation of information by the debtor. It is clear that non-pecuniary sanctions which can be imposed on a debtor will only apply in a territorial sense if the debtor comes to Switzerland; they cannot be applied abroad. This considerably reduces the obligation involved when the debtor is abroad. However, it remains an important obligation, a sister requirement of the *disclosure orders* in English law (see *supra* No 20).
[227] Art. 91, para. 4, of the LP. In this sense Swiss law is similar to German and French law.
[228] Art. 272, para. 2, of the LP. Art. 278, para. 1, of the LP.
[229] Art. 4 of the LDIP.
[230] Art. 5 of the LDIP.
[231] Reference should also be made to Art. 168, which provides for protective measures when a foreign bankruptcy decision has to be recognised, and Art. 183, which authorises arbitration tribunals, meeting under Arts 176 *et seq.*, to order provisional measures. For the same reasons as those given above, we will not go into these issues in our study.

décision pouvant être reconnue en Suisse. Il faudrait donc, pour que le juge suisse compétent au fond refuse de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire, que le juge étranger saisi de l'action au fond soit également saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire. À défaut, les conditions d'application de l'article 9 (même objet) ne seraient pas remplies. En revanche, si le juge étranger compétent au fond est déjà saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le juge suisse ne peut se prononcer indépendamment de la compétence prévue à l'article 10. Ce qui vient d'être exposé n'a encore reçu aucune consécration jurisprudentielle.

140 Le pouvoir octroyé aux autorités suisses en vertu de l'article 10 est de nature doublement subsidiaire. En effet, cette disposition cède le pas, d'une part, aux dispositions spéciales prévues en matière de mesures provisoires (par ex. à l'art. 62, al. 1er; voir ci-dessus Nos 134 et s.) et, d'autre part, à l'ensemble des dispositions fondant une compétence pour les actions principales, prévues dans la partie générale ou spéciale de la loi[232]. Aussi, l'article 10 n'a-t-il une valeur propre que s'il n'existe pas de compétence internationale ordinaire d'un juge suisse[233]. Dans un tel cas, la référence aux «autorités administratives ou judiciaires suisses» ne permet toutefois pas de déterminer quelle est l'autorité compétente *ratione loci* pour prononcer des mesures provisoires. La doctrine est partagée à cet égard[234]. Un premier groupe d'auteurs interprète l'article 10 à l'instar de l'article 24 de la Convention de Lugano pour dire qu'il effectue implicitement un renvoi au droit national et que, dès lors, le droit cantonal doit déterminer le for spécialement compétent pour prendre une mesure provisoire ou conservatoire. Pour d'autres, en revanche, en l'absence de toute allusion, l'article 10 ne laisse aucune place à l'application subsidiaire du droit cantonal. La tournure ouverte de l'article 10 ne ferait en fait que traduire la diversité des mesures provisoires possibles. Dès lors, la détermination de la compétence locale dépendrait «de la mesure à prendre, de la localisation du droit ou de la prétention à protéger»[235]. Enfin, notons que la doctrine est également partagée sur le point de savoir si le for de nécessité prévu à l'article 3 de la LDIP peut servir de base légale à des mesures provisoires[236].

Section 3 – Droit applicable

141 À l'exception de deux dispositions particulières, les articles 62, alinéa 2 (divorce) et 183, alinéa 2 (arbitrage), la LDIP ne règle pas expressément la désignation du droit applicable aux mesures provisoires.

142 Les auteurs proposent différentes solutions. Pour Knoepfler et Schweizer, le juge doit examiner si la *lex causae* fait des mesures provisoires «une sorte d'accessoire indissolublement lié au droit matériel en cause»[237]. Si tel est le cas, le juge, pour ces auteurs, doit alors tenir compte des règles de la *lex causae*. Ces auteurs ne sont pas clairs sur le point de savoir si le droit étranger doit être appliqué ou simplement pris en considération. En revanche, si la mesure se rattache essentiellement à la procédure, elle relève de la *lex fori*. Schwander estime que les mesures provisoires ne doivent pas protéger les prétentions litigieuses par des mesures plus incisives ou nettement plus efficaces que ce qui peut être accordé dans la procédure au fond. Le juge des mesures provisoires doit donc appliquer la *lex causae*. Pour d'autres au contraire, c'est la *lex fori* qui devra être appliquée.

143 La vérité se situe vraisemblablement entre les deux. La mesure provisoire ou conservatoire n'a de sens, dans l'acception que nous lui avons donnée pour la présente étude, qu'à l'appui d'une instance au fond et afin de permettre de sauvegarder les droits qui y sont liés. C'est pourquoi la *lex causae* doit être interrogée, notamment pour l'appréciation de certaines conditions d'octroi de la mesure provisoire. C'est ainsi que le degré de vraisemblance du droit invoqué par le créancier doit être régi par la *lex causae*[238]. Comme le dit un auteur[239], «ces moyens juridiques de protection comptent parmi les effets du droit subjectif, ils en délimitent l'efficacité». Pour connaître le besoin de protection dont le requérant peut se prévaloir, il convient de se référer à la loi applicable au fond. On ne peut se contenter de la loi du for, avec le risque de n'y trouver aucune mesure appropriée et de refuser ainsi au droit matériel une protection dont il doit bénéficier selon sa *lex causae*. Inversement, il n'y a guère de sens à recourir à une mesure du for pour apporter à un droit litigieux une protection qui est inconnue de la loi applicable au fond[240]. En revanche, la loi du for régit le déroulement de la procédure, les moyens probatoires et les exigences quant à la preuve des faits allégués, l'obligation de fournir une garantie, l'exigence d'une action en validation dans un certain délai, et toute décision de substitution d'une mesure équivalente locale à une mesure particulière du droit étranger non transposable dans le for.

144 Ce qui vient d'être exposé de l'application distributive de la *lex causae* et de la *lex fori* laisse un peu perplexe, compte tenu de ce que la mesure conservatoire doit être prise généralement dans l'urgence. Le juge de la mesure aura beaucoup de difficulté à connaître la teneur exacte du droit étranger pour lui permettre de mener son investigation avec la rapidité requise. Cette difficulté entraînera généralement, même si de manière implicite, l'application supplétive du droit suisse[241]. L'on revient donc à une solution proche de celle décrite pour la France[242].

Section 4 – Reconnaissance et exécution des mesures provisoires étrangères

145 Il semble que le droit suisse a toujours été réticent à reconnaître ou exécuter des décisions étrangères rendues à titre provisoire ou conservatoire[243]. Mais, depuis quelques années, il semble qu'il existe un infléchissement certain de cette tradition dont, vraisemblablement, on doit l'origine à l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano. On sait en effet que, dans ce texte, à l'instar de la Convention de Bruxelles, l'article 25 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères ne fait pas exception lorsqu'il s'agit des mesures prises au titre de l'article 24[244]. La LDIP ne règle expressément la reconnaissance de mesures provisoires étrangères qu'en matière successorale[245].

146 Dans tous les autres domaines, la LDIP ne précise pas si les mesures provisoires ou conservatoires prononcées à l'étranger sont susceptibles d'être reconnues ou exécutées sur le territoire suisse. Les conditions générales de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères sont régies par les articles 25 à 32

[232] B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 octobre 1987*, 2e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, Art. 10, No 1.
[233] Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 1991, *Revue suisse de droit international et européen* 1991, p. 190 à 196; arrêt du Tribunal cantonal de Zoug du 20 octobre 1989, *ibid.*, p. 368 et 369.
[234] Pour un état de la discussion, voir notamment O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 1993, p. 133 à 136, et A. Bucher (*op. cit.* note 215), p. 128 et s.
[235] Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), p. 42.
[236] Pour un état de la discussion, voir A. Bucher (*op. cit.* note 215), p. 129, No 377.
[237] Cf. Précis, p. 211.
[238] *ATF* 110 II 188.
[239] A. Bucher (*op. cit.* note 215), p. 126, No 364.
[240] Cf. les références doctrinales citées par l'auteur (*ibid.*), No 364 *in fine*.
[241] A. Bucher (*ibid.*), p. 126, No 366.
[242] Cf. *supra* No 105.
[243] Knoepfler / Schweizer, «Les mesures provisoires et l'arbitrage», *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich 1984, p. 233.
[244] Nous aborderons de manière plus précise cette question dans les développements qui suivent, Nos 147 et s.
[245] Il s'agit de l'art. 96, al. 3, qui dispose que «les mesures conservatoires prises dans l'État du lieu des situations des biens du défunt sont reconnues en Suisse».

decision which can be recognised in Switzerland. Hence what is needed for the Swiss court with jurisdiction on the merits to decline to order a provisional or protective measure is that the foreign court which has to deal with the case on the merits is also dealing with an application for a provisional or protective measure. Otherwise, the conditions for Article 9 to apply (same subject matter) would not be met. On the other hand, if the foreign court with jurisdiction on the merits already has before it an application for a provisional or protective measure, the Swiss court cannot make a decision irrespective of the jurisdiction provided in Article 10. The explanation given here has not yet received any confirmation in the case law.

140 The power granted to Swiss courts under Article 10 is subsidiary on two levels. Indeed, this provision is superseded, on the one hand, by the special rules indicating provisional measures (*e.g.*, Art. 62, para. 1; see *supra* Nos 134 *et seq.*), and, on the other hand, by all the provisions on jurisdiction on the merits as provided in the general or the special part of the law.[232] Thus, Article 10 can only apply if there is no ordinary international jurisdiction in favour of a Swiss judge.[233] In such a case, the reference to "Swiss administrative or judicial authorities" does not allow to ascertain which authority, *ratione loci*, has jurisdiction to order provisional measures. Legal scholars are divided on this question.[234] On one side, some authors interpret Article 10 as Article 24 of the Lugano Convention to the effect that it only refers back to cantonal law which must define which court has special jurisdiction to order provisional or protective measures. On the other side, some authors emphasise that Article 10 is silent on this issue and leaves no room for a subsidiary application of cantonal law. The open form of Article 10 would thus simply refer to the variety of measures available. For these authors, local jurisdiction would depend upon "the kind of measure to be taken or the localisation of the right or the claim to be protected".[235] Finally, we note that legal scholars are divided also on the question whether the forum of necessity (Art. 3) may serve as a basis to grant provisional measures.[236]

Section 3 – Applicable law

141 With the exception of two specific clauses, Article 62, paragraph 2 (divorce), and Article 183, paragraph 2 (arbitration), the LDIP does not expressly provide for the designation of the law applicable to provisional measures.

142 Legal scholars have different solutions to offer. For Knoepfler and Schweizer, the court must consider whether the *lex causae* makes provisional measures "a kind of accessory, indissolubly linked to the substantive right in issue".[237] If this is the case, these writers believe that the court must then take account of the rules of the *lex causae*. These writers are not clear on the question whether the foreign law has to be applied or merely taken into consideration. On the other hand, if the measure is essentially connected with the procedure, it is part of the *lex fori*. Schwander takes the view that provisional measures must not protect disputed claims by means of more incisive or distinctly more effective measures than the proceedings on the merits would be able to provide. The court dealing with the provisional measures must therefore apply the *lex causae*. For others, by contrast, it is the *lex fori* which has to be applied.

143 The truth probably lies somewhere between the two. A provisional or protective measure has no purpose, within the meaning given to it in this study, except to support a case on its merits and to safeguard rights connected with it. This is why the *lex causae* has to be examined, among other things, in order to ascertain whether certain conditions for granting the provisional measure are met. Hence the degree of probability of the claim relied upon by the creditor must be governed by the *lex causae*.[238] As one writer says,[239] "These legal instruments of protection are among the effects of the subjective claim, and delimit its effectiveness." To establish the need for protection to which the applicant may point, reference should be made to the law applicable to the merits of the case. It is not enough to abide by the law of the forum; there is the risk that no appropriate measure will be found in it, and so the substantive right will remain without the protection it could enjoy under its *lex causae*. On the other hand, there is little point in resorting to a measure of the forum court to provide a contested claim with a form of protection unknown to the law applicable to the merits of the case.[240] However, the law of the forum governs the procedural aspects of the litigation, the presentation of evidence and the requirements to prove alleged facts, the obligation to furnish a guarantee, the requirement for an action for validation within a certain time limit, and any decision to substitute an equivalent local measure for a measure peculiar to the foreign law which cannot be transposed to the forum court.

144 What has just been said of the distributive application of the *lex causae* and of the *lex fori* can be somewhat confusing, bearing in mind that a protective measure must normally be ordered in an emergency. The court ordering it will have great difficulty in establishing exactly what the foreign law has to say if it is to carry out its investigation with the required degree of rapidity. This difficulty will usually lead, even implicitly, to the suppletive application of Swiss law.[241] We therefore end up with a solution akin to the one described for France.[242]

Section 4 – Recognition and enforcement of foreign provisional measures

145 It seems that Swiss law has always been reluctant to recognise or enforce foreign decisions made for provisional or protective purposes.[243] However, for some years now, this traditional attitude seems to have been softening, and this probably dates back to the entry into force of the Lugano Convention. As we know, in this instrument, like the Brussels Convention, Article 25 on the recognition and enforcement of foreign decisions makes no exception for measures adopted under Article 24.[244] The LDIP does not expressly govern the recognition of foreign provisional measures, except in cases of inheritance.[245]

146 In all other areas, the LDIP fails to specify whether provisional or protective measures ordered abroad can be recognised or enforced on Swiss territory. The general conditions for the recognition and enforcement of foreign decisions are governed by Articles 25 to 32 of the text. Article 25 (b) states

[232] B. Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 octobre 1987*, 2nd ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1997, Art. 10, No 1.
[233] Decision by the Federal Supreme Court of 5 March 1991, *Revue suisse de droit international et européen* 1991, pp. 190-196; Tribunal of the canton of Zoug, 20 October 1989, *ibid.*, pp. 368-369.
[234] See O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Neuchâtel, University of Neuchâtel, 1993, pp. 133-136 and A. Bucher (*op. cit.* note 215), pp. 128 *et seq.*
[235] Message concerning a federal act on private international law (LDIP), p. 42.
[236] See the discussion in A. Bucher (*op. cit.* note 215), p. 129, No 377.
[237] *Cf.* Precis, p. 211.
[238] *ATF* 110 II 188.
[239] A. Bucher (*op. cit.* note 215), p. 126, No 364.
[240] *Cf.* the references to learned writings given by the author (*ibid.*), No 364 *in fine*.
[241] A. Bucher (*ibid.*), p. 126, No 366.
[242] *Cf. supra* No 105.
[243] Knoepfler / Schweizer, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich 1984, p. 233.
[244] We will deal with this in greater detail below, Nos 147 *et seq.*
[245] This is Art. 96, para. 3, which states: "protective measures ordered in the State where the property of the deceased person is situated must be recognised in Switzerland".

du texte. À l'article 25, lettre b), il est prévu que la décision étrangère ne doit plus être susceptible de recours ordinaire ou doit être définitive. Le même texte, à la lettre c), renvoie à l'article 27 pour les autres motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution. C'est l'exigence du caractère définitif de la décision étrangère qui, pour certains auteurs, exclut la reconnaissance en Suisse d'une mesure provisoire étrangère[246]. Bien entendu, tout dépendra de la notion de caractère définitif. S'il s'agit d'une interprétation différente selon laquelle la notion de décision définitive doit être prise au sens large du terme, il est possible, alors, que cette exigence empêche la reconnaissance des mesures provisoires ou conservatoires.

CHAPITRE VII — CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO

147 Les Conventions de Bruxelles[247] et de Lugano[248] comportent une disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires. Il s'agit de l'article 24, dont la teneur est identique dans les deux Conventions[249] :

> « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre État contractant est compétente pour connaître du fond. »

Par sa brièveté et sa concision, ce texte peut paraître *a priori* facile à interpréter et à appliquer. En pratique, cependant, il pose de nombreuses difficultés qui n'ont pas encore été toutes clarifiées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Les développements qui suivent sont destinés à attirer l'attention des experts de la Commission spéciale sur les questions d'interprétation les plus importantes et participer à la réflexion sur la rédaction qu'il conviendrait d'adopter dans la future Convention de La Haye[250].

148 Se pose d'abord la question de la définition de la notion de « mesures provisoires ou conservatoires ». Le texte ne nous apprend rien à cet égard et, comme nous l'avons vu dans les développements qui précèdent[251], le droit comparé montre que ces mesures sont de nature, d'ampleur et de conception très différentes selon le droit des États. L'article 24 procède à un renvoi pur et simple à « la loi de l'État contractant » dans lequel les mesures sont demandées. Toutefois, compte tenu de la politique clairement définie par la Cour de justice des Communautés européennes, dès l'entrée en vigueur de la Convention, il convient de privilégier, chaque fois que cela est possible, une interprétation autonome des notions utilisées par la Convention[252].

149 C'est dans l'arrêt *Reichert II*[253] que la Cour a donné la définition de ce que l'on doit entendre par mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 24. Elle a dit pour droit qu'il s'agit des « mesures qui [...] sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond »[254].

150 Malgré cette définition, les controverses n'ont pas cessé notamment sur la procédure de référé-provision connue du droit français et luxembourgeois ou du *kort geding* du droit néerlandais. En France, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée et les cours d'appel sont divisées sur la question[255]. Au Luxembourg, en revanche, la seule décision connue a clairement statué pour l'exclusion du référé-provision du champ d'application de l'article 24[256]. Quant aux Pays-Bas, le *Hoge Raad* a posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *van Uden Maritime BV*[257]. Dans cette affaire, la société *van Uden Maritime*, société de droit néerlandais, poursuivait la société *Deco-Line*, société de droit allemand, en paiement du montant qui lui était dû en application d'une charte partie, alors que cet accord comportait une clause d'arbitrage, procédure à laquelle la société *van Uden* avait eu recours sur le fond du litige. En première instance, le président du tribunal se déclare compétent et admet l'application de l'article 24 pour prononcer la mesure de référé demandée par la société *van Uden*. Pour fonder sa compétence, le président mentionnait l'article 126, alinéa 3, du Code de procédure civile néerlandais qui, pourtant, est considéré comme une règle de compétence exorbitante en vertu de l'article 3 de la Convention de Bruxelles. Bien qu'infirmant ce jugement pour d'autres raisons, la Cour d'appel, dans sa motivation, confirme l'opinion du président du tribunal de première instance, selon laquelle l'article 24 de la Convention de Bruxelles s'applique effectivement au *kort geding* et le juge néerlandais peut fonder sa compétence sur l'article 126, alinéa 3, du Code de procédure civile à condition que l'affaire ait des points de rattachement suffisants avec l'ordre juridique néerlandais. C'est sur pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel que le *Hoge Raad* a interrogé la Cour de justice des Communautés européennes. L'avocat général Léger conclut que l'article 24 permettait de prononcer un référé-provision tel le *kort geding* du droit néerlandais, alors même qu'une procédure au fond était déjà engagée. Il était d'avis que le juge national pouvait fonder sa compétence sur toute disposition de son droit, y compris celles visées à l'article 3, deuxième alinéa, de la Convention. Enfin, il admit qu'une clause d'arbitrage n'avait pas d'incidence, sauf dispositions de la *lex fori*. Sur ces trois points, la décision de la Cour est attendue avec une grande curiosité.

151 La deuxième controverse d'interprétation de l'article 24 a porté sur le point de savoir si les mesures provisoires ou conservatoires demandées en vertu de ce texte doivent concerner une matière relevant du domaine d'application de la Convention définie en son article 1. Il n'a pas fallu moins de trois arrêts pour que la Cour de justice des Communautés

[246] Staehelin, *BJM* 1989, p. 180 et 181.
[247] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, faite à Bruxelles le 27 septembre 1968, prise en application de l'art. 220 du Traité de Rome. Elle ne peut être ratifiée que par les États membres de l'Union européenne.
[248] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, faite à Lugano le 16 septembre 1988. Cette Convention est destinée à être ratifiée d'un côté par les États membres de l'Union européenne et, de l'autre côté, par les États membres de l'Association européenne de Libre échange. Elle peut également être étendue à d'autres États, notamment ceux qui ont conclu des accords d'association avec l'Union européenne dans la période intérimaire qui précède leur admission comme membre de l'Union.
[249] Dans la suite des développements, nous nous référerons seulement à la Convention de Bruxelles par simplification. Les développements sont également valables *mutatis mutandis* pour la Convention de Lugano.
[250] Ces développements, en revanche, ne pourront reprendre en détail les multiples controverses doctrinales qui se sont fait jour pour chacun des problèmes d'interprétation de l'art. 24.
[251] Cf. *supra* chapitres I à VI.
[252] Cf. le troisième arrêt rendu en interprétation de la Convention de Bruxelles, aff. *LTU c. Eurocontrol*, aff. 29/76, 14 octobre 1976, *Rec.*, p. 1541.
[253] Aff. C-261/90 du 26 mars 1992, *Rec.*, p. I-2149.
[254] Attendu 34 de la Décision. Dans cette affaire, les époux Reichert, résidant en Allemagne, étaient propriétaires d'un bien immobilier situé sur le territoire de la commune d'Antibes, en France. Ils avaient donné la nue-propriété à leur fils par acte notarié passé en France. Cette donation avait été contestée par la Société *Dresdner Bank*, créancier des époux Reichert, devant le Tribunal de grande instance de Grasse (France), lieu de situation des biens litigieux. La banque fondait son action sur l'art. 1167 du Code civil français, aux termes duquel les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droit. Il s'agit de l'action dite « paulienne ». La banque soutenait que cette action prévue par le droit français (ignorée du droit allemand) était une mesure conservatoire au sens de l'art. 24 de la Convention de Bruxelles. Après avoir donné la définition que l'on a reproduit dans le texte, la Cour conclut que l'action paulienne du droit français, si elle permettait de protéger le droit de gage du créancier en évitant l'appauvrissement volontaire du patrimoine de son débiteur, n'avait pas pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit dans l'attente d'une décision du juge au fond. Elle tendait au contraire à modifier la situation juridique du patrimoine du débiteur et de celui du bénéficiaire en ordonnant la révocation, à l'égard du créancier, de l'acte de disposition passé par le débiteur en fraude de ses droits.
[255] En faveur de l'application de l'art. 24 au référé-provision, voir Chambéry, 2 mars 1992, *Gaz. pal.* 1992, II, p. 511, note Mourre. Contre l'application de l'art. 24, Rennes 4 novembre 1992, *Gaz. pal.* 19 octobre 1993, Somm., obs. Mourre. Ces deux arrêts sont reproduits au *JDI* 1994, 173, obs. A. Huet. Notons également que la doctrine française est extrêmement partagée sur cette question.
[256] Cour d'appel luxembourgeoise, 7e Ch., aff. No 12 898, 26 novembre 1991 (*Bernard Ruckert c. Gilbert Karmann*), *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1993, II, p. 141.
[257] Aff. 391/95. L'avocat général Philippe Léger a présenté ses conclusions le 10 juin 1997. L'arrêt est attendu pour le 10 novembre 1998.

that the foreign decision must no longer be open to appeal in the ordinary way, or must be final. The same clause, subparagraph (c), refers back to Article 27 for the other grounds for refusal of recognition or enforcement. For some writers, it is the requirement for the foreign decision to be final which excludes recognition in Switzerland of a foreign provisional measure.[246] Of course, it all depends on what is meant by finality. If there is a different interpretation, whereby the concept of a final decision has to be taken in the broad sense of the term, it is possible that this requirement will act as a bar to recognition of provisional or protective measures.

CHAPTER VII – BRUSSELS AND LUGANO CONVENTIONS

147 The Brussels[247] and Lugano[248] Conventions contain a clause on provisional and protective measures. This is Article 24, which is identical in both Conventions:[249]

> "Application may be made to the courts of a Contracting State for such provisional, including protective, measures as may be available under the law of that State, even if, under this Convention, the courts of another Contracting State have jurisdiction as to the substance of the matter."

This text, with its brevity and concision, seems at first simple to interpret and apply. In practice, however, it poses a number of problems not all of which have yet been elucidated by the case law of the European Court of Justice. What follows is intended to draw the attention of the experts on the Special Commission to the chief issues of interpretation, and to assist in the process of preparing a text for adoption in the future Hague Convention.[250]

148 The first question which arises is how to define the concept of "provisional or protective measures". There is no definition in the text itself, and as we have seen in the foregoing discussion,[251] comparative law shows us that these measures vary considerably in their nature, their reach and their design from one legal system to another. Article 24 relies on a straightforward *renvoi* to the law of the Contracting State in which the measures have been requested. However, in view of the policy which has been clearly defined by the European Court of Justice since the entry into force of the Convention, the emphasis should be placed whenever possible on an autonomous interpretation of the concepts used in the Convention.[252]

149 It was in its judgment in the case of *Reichert II*[253] that the Court defined what is to be understood by provisional or protective measures, within the meaning of Article 24. It ruled that they were "measures which [...] are intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought elsewhere from the court having jurisdiction as to the substance of the matter".[254]

150 In spite of this definition, the matter has remained controversial, especially as regards the summary procedure for interim payment (*référé-provision*) in French and Luxembourg law, or the *kort geding* of Dutch law. In France, the Court of Cassation has yet to give a ruling, and the appeal courts are divided on the issue.[255] In Luxembourg, on the other hand, the only decision so far on record comes out clearly against including the summary procedure for interim payment (*référé-provision*) within the scope of Article 24.[256] As for the Netherlands, the *Hoge Raad* put a preliminary question to the Court of Justice of the European Communities in the case *van Uden Maritime BV*.[257] In this case, the company *van Uden Maritime*, incorporated under Dutch law, was taking action against the company *Deco-Line*, a company under German law, for payment of a sum due to it in accordance with a charter party, although the latter agreement contained an arbitration clause and the *van Uden* company had had recourse to that clause for the merits of the dispute. At first instance, the president of the tribunal decided that he had jurisdiction and that Article 24 should apply in order to award the provisional measure sought by the company *van Uden*. As a basis of jurisdiction, the president mentioned Article 126 (3) of the Dutch Code of Civil Procedure, which however is regarded as an exorbitant jurisdictional ground according to Article 3 of the Brussels Convention. Although the Court of Appeal set the judgment aside on other grounds, in its reasoning it upheld the opinion of the president of the court of first instance that Article 24 of the Brussels Convention does in fact apply to the *kort geding*, and the Dutch court may therefore base its jurisdiction on Article 126 (3) of the Code of Civil Procedure, provided the case shows enough connecting factors with the Dutch legal system. It was on appeal on a point of law from the appeal judgment that the *Hoge Raad* applied to the European Court of Justice. Advocate General Léger concluded that interim payment orders such as the *kort geding* of Dutch law are covered by Article 24, even though the case on the merits is already before a court. He is of the opinion that national courts can assert jurisdiction on any rule under their respective laws, including those bases of jurisdiction listed in Article 3, second paragraph, of the Convention. Finally, he is of the opinion that an arbitration clause has no bearing, apart from what is provided by the *lex fori*. On these three issues, the Court's decision is awaited with great curiosity.

151 The second disputed interpretation of Article 24 bore on the question whether provisional or protective measures which are requested on the basis of this text must relate to a matter within the scope of the Convention as defined in Article 1. There were no fewer than three decisions before the European Court of Justice was apparently able to silence

[246] Staehelin, *BJM* 1989, pp. 180-181.
[247] *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, done at Brussels on 27 September 1968, adopted under Art. 220 of the Treaty of Rome. This Convention can be ratified by Member States of the European Union only.
[248] *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, done at Lugano on 16 September 1988. This Convention is to be ratified by Member States of the European Union, on the one hand, and Member States of the European Free Trade Association, on the other. It may also be extended to other States, especially those who have concluded association agreements with the European Union during the interim period before being admitted to membership of the Union.
[249] In what follows, we refer simply to the Brussels Convention. These remarks also apply, *mutatis mutandis*, to the Lugano Convention.
[250] However, we cannot deal here in any detail with the many academic discussions which have arisen concerning each of the problems of interpretation surrounding Art. 24.
[251] *Cf. supra* Chapters I to VI.
[252] *Cf.* the third judgment rendered in interpretation of the Brussels Convention, case of *LTU v. Eurocontrol*, Case 29/76, 14 October 1976, *ECR*, p. 1541.
[253] Case C-261/90, 26 March 1992, *ECR*, p. I-2149.
[254] Recital 34 of the decision. In this case, Mr and Mrs Reichert, who lived in Germany, owned a piece of property situated on the territory of the commune of Antibes, in France. They had given its "bare ownership" to their son, through a notarial act in France. This gift was challenged by the Dresdner Bank, a creditor of the Reicherts, before the Tribunal de Grande Instance of Grasse (France), the place where the disputed property was situated. The bank based its action on Art. 1167 of the French Civil Code, under which the creditors, in their own name, are entitled to impugn acts done by their debtor which deprived them of their rights. This is the type of action called "*paulienne*". The bank argued that this action under French law (but unknown in German law) was a protective measure within the meaning of Art. 24 of the Brussels Convention. Having given the definition reproduced textually here, the Court concluded that the *paulienne* action under French law, although a means of protecting the creditor's floating charge by preventing voluntary impoverishment of his debtor's assets, is not intended to preserve a *de facto* or *de jure* situation pending a court decision on the merits of the case. On the contrary, it tends to alter the legal position of the debtor's property, and that of the beneficiary, by ordering revocation *vis-à-vis* the creditor of the deed of gift entered into by the debtor depriving him of his rights.
[255] In favour of applying Art. 24 to interim payments, Chambéry 2 March 1992, *Gaz. Pal.* 1992, II, p. 511, note Mourre. Against the application of Art. 24, Rennes 4 November 1992, *Gaz. Pal.* 19 October 1993, Summary, comment by Mourre. These two judgments are reprinted in *JDI* 1994, 173, comment by A. Huet. We note also that French legal scholars are extremely divided on this question.
[256] Luxembourg Court of Appeal, 7th Chamber, Case No 12 898, 26 November 1991 (*Bernard Ruckert v. Gilbert Karmann*), *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1993, II, p. 141.
[257] Case 391/95. The Advocate General presented his conclusions on 10 June 1997. The decision by the Court was expected for 10 November 1998.

européennes semble faire taire la controverse à ce sujet. Dans l'affaire *De Cavel I*[258], la Cour a jugé qu'une mesure provisoire étroitement liée à une procédure de divorce ne relève pas de l'article 24 puisque la matière du divorce est exclue de la Convention. Dans l'affaire *De Cavel II*[259], la Cour a confirmé cette décision *a contrario*. En effet, dans le premier arrêt *De Cavel*, il s'agissait d'une véritable mesure provisoire ou conservatoire dont la Cour avait affirmé le caractère accessoire, par nature, à l'instance principale. Dans le deuxième arrêt, il s'agissait d'une demande d'aliments qui a été considérée comme indépendante, d'autant que la matière des obligations alimentaires, comme le dit la Cour, « entre par elle-même dans la notion de matière civile », ce que confirme l'article 5.2 de la Convention qui prévoit une compétence spécifique en matière d'obligation alimentaire. Mais c'est dans le troisième arrêt[260] que la Cour rend la décision la plus claire puisqu'elle dit expressément que « l'article 24 [...] ne peut être invoqué pour faire entrer dans le champ d'application de la Convention les mesures provisoires ou conservatoires relatives à des matières qui en sont exclues ».

152 Le texte de l'article 24 ne précise pas de critère spécifique de compétence pour connaître précisément quel juge a le pouvoir, au sens de ce texte, de prononcer les mesures provisoires et conservatoires requises par un plaignant. Par ailleurs, si le renvoi au droit national est clair pour la nature des mesures concernées, il n'est qu'implicite pour la compétence juridictionnelle. En effet, le texte semble faire découler la compétence juridictionnelle de la compétence législative. Si cette interprétation est correcte, il s'agirait alors seulement d'une compétence générale, c'est-à-dire d'une compétence du système judiciaire d'un État contractant dans son ensemble. Pour connaître la compétence spéciale, encore faudrait-il appliquer le droit commun des États membres. Mais alors se pose la question de l'éventuelle interférence de l'article 3 de la Convention. En d'autres termes, il convient de se demander si le juge du provisoire peut asseoir sa compétence sur des règles exorbitantes exclues par l'article 3 de la Convention. Pour le moment la Cour de justice des Communautés européennes ne s'est pas encore prononcée sur cette difficulté. Elle doit normalement le faire grâce à la question préjudicielle que lui a posée le *Hoge Raad* néerlandais dans l'affaire *van Uden*[261].

153 En attendant la décision de la Cour de justice, on peut proposer quelques pistes de raisonnement. On doit noter tout d'abord que l'article 3, qui comporte les compétences exorbitantes et donc interdites en vertu de la Convention, est situé dans le titre II « Compétence », dans une section première intitulée « Dispositions générales ». Compte tenu de cette place, il nous paraît que l'article 24 placé dans une section 9 du même titre doit être soumis à l'économie de ces dispositions générales. Mais le chapeau de l'article 3 vient immédiatement contredire cette première analyse dans la mesure où il limite son champ d'intervention aux sections 2 à 6 du titre II. Or, nous venons de le dire, l'article 24 est situé dans une section 9. On doit pouvoir déduire de ce chapeau de l'article 3 la conséquence suivante : les compétences exclues par l'article 3 ne le sont que dans le cadre d'une instance au fond à laquelle s'appliquent les règles énoncées aux sections 2 à 6. En tant que compétence pouvant éventuellement fonder l'intervention du juge du provisoire, elles ne seraient plus aussi exorbitantes, compte tenu de la nature même des mesures en cause. C'est d'ailleurs pourquoi l'auteur du premier Rapport sur la Convention de Bruxelles précise que les mesures provisoires et conservatoires de l'article 24 peuvent être requises des autorités compétentes « sans qu'il y ait lieu de tenir compte des règles de compétence tracées par la convention »[262]. C'est en partie, également, le raisonnement retenu par l'avocat général dans l'affaire *van Uden*[263].

154 On ne peut s'empêcher de penser toutefois que, si cette interprétation est vraisemblablement la seule possible, compte tenu de la structure et du texte actuel des dispositions de la Convention de Bruxelles, elle entraîne immanquablement des abus potentiels. Deux exemples permettront de le comprendre. Un Français pourrait obtenir un référé-provision en France en vertu de l'article 14 du Code civil donnant compétence aux tribunaux français en raison de la nationalité du demandeur alors que le litige ne possède aucun lien avec le territoire français et quel que soit le lieu d'exécution de la décision à intervenir. Un tribunal anglais pourrait prononcer une injonction *Mareva* alors même que sa compétence serait fondée uniquement sur le fait que l'acte introductif d'instance a été signifié ou notifié au défendeur alors qu'il se trouvait temporairement sur le territoire du Royaume-Uni. On le voit, la relation entre la compétence au provisoire et les compétences exorbitantes (ou interdites dans la terminologie adoptée à La Haye) est fondamentale pour une bonne application pratique du texte concerné. Il faut d'ailleurs immédiatement mentionner que si l'on renvoie purement et simplement au droit des États contractants, rien n'empêcherait à ce moment-là le juge anglais d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* dans le cas énoncé ci-dessus[264].

155 Les difficultés posées par l'article 24 par rapport aux autres dispositions de la Convention ne se limitent pas au seul article 3. En effet, la question s'est posée également de la coordination de l'article 24 avec les articles 16, 17, 21 et 22. En ce qui concerne l'article 16, le Rapport Jenard précise que le juge n'a une compétence exclusive en vertu de l'article 16 que si le litige concerne le fond[265]. Si la majorité de la doctrine s'accorde avec cette interprétation, quelques auteurs l'ont remise en cause soit totalement[266], soit partiellement, en fonction de la matière des différents alinéas de l'article 16[267]. Pour O. Merkt, il conviendrait de s'assurer à chaque fois de l'objectif poursuivi par la disposition de la Convention et de déterminer si le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire par un autre juge que le juge de ce for exclusif pourrait mettre à mal cet objectif. Séduisant en théorie, ce système nous paraît bien trop complexe pour permettre une saine application des dispositions conventionnelles. Il montre cependant qu'une rédaction plus précise s'impose, qui permettra de s'assurer de la relation entre les compétences exclusives et celles concernant les mesures provisoires et conservatoires.

156 Pour ce qui a trait à l'article 17, une controverse identique à celle relative à l'article 16 existe. Les parties sont certes libres de déterminer à l'avance, dans leur clause d'élection de for, si celle-ci s'appliquera également aux mesures provisoires. Toutefois, la pratique montre que les parties n'y pensent que rarement. On doit noter également qu'il n'y a pratiquement pas de contentieux sur cette question. Or, si l'on admet, comme le fait le Rapport Jenard pour l'article 16 de la Convention, que l'article 24 n'y déroge pas, on ne voit pas pourquoi l'exclusivité éventuellement conférée à la compétence choisie par les parties serait plus forte que celle prévue à l'article 16. Rappelons à cet égard que les *Conventions de La Haye du 15 avril 1958 sur la compétence*

[258] Aff. 143/78, 27 mars 1979, *Rec.*, p. 1055.
[259] Aff. 120/79, 6 mars 1980, *Rec.*, p. 731.
[260] *C.H.W. c. G.J.H.*, aff. 25/81, 31 mars 1982, *Rec.*, p. 1189.
[261] Cf. *supra* No 150.

[262] Rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 1 à 65, à la p. 42.
[263] Cf. *supra* No 150.
[264] Ce qui vient d'être dit est également exemplifié par les circonstances de l'affaire *van Uden* aux Pays-Bas. La Cour d'appel de La Haye, tout en admettant l'application d'une compétence exclue par l'art. 3 de la Convention, a néanmoins exigé des liens étroits avec les Pays-Bas avant de prononcer la mesure demandée.
[265] *Op. cit.* note 262, p. 34.
[266] O'Malley et Layton, *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1989, p. 652, No 24.08.
[267] O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse, Neuchâtel, Hubert Druck AG, 1993, p. 120, No 304.

controversy on this subject. In the case of *De Cavel I*,[258] the Court found that a provisional measure closely associated with divorce proceedings does not fall under Article 24, since divorce lies outside the scope of the Convention. In the case of *De Cavel II*[259] the Court confirmed this decision *a contrario*. In fact, in the first *De Cavel* decision, there was a genuine provisional or protective measure, and the Court had stated that it was of its nature ancillary to the main case. The second decision involved an application for maintenance payments, and this was regarded as a separate matter, in so far as the question of maintenance obligations, as the Court states, "is, by itself, included in the notion of civil matters". This is confirmed in Article 5.2 of the Convention, which provides for a specific competence concerning maintenance obligations. But the clearest statement from the Court comes in the third decision,[260] where it holds expressly that "article 24 [...] may not be relied on to bring within the scope of the Convention provisional or protective measures relating to matters which are excluded from it".

152 The text of Article 24 does not lay down any specific jurisdictional criterion to show which court has the power, according to this Article, to order the provisional and protective measures sought by a plaintiff. Moreover, although there is a clear *renvoi* to national law for the nature of the measures concerned, it is merely implicit as regards jurisdiction. In fact, this text seems to indicate that jurisdiction derives from the law applicable to the merits. If this interpretation is correct, the competence question would be merely a general competence, *i.e.*, that of the judicial system of a Contracting State as a whole. To find out which court has special jurisdiction, it would still be necessary to apply the ordinary law of the member States. But this poses the question of Article 3 of the Convention – how far would it take effect? In other words, one must ask whether a court dealing with provisional measures has to rest its jurisdiction on the exceptional rules which are precluded by Article 3 of the Convention. So far, the Court of Justice of the European Communities has not given a verdict on this issue. It must be expected to do so, because of the preliminary question put to it by the *Hoge Raad* in the *van Uden* case.[261]

153 Pending the decision of the Court of Justice, some lines of reasoning may be suggested. First, it should be noted that Article 3, which lists exorbitant forms of jurisdiction which are excluded by the Convention, is placed in Title II, "Jurisdiction", in an initial section called "General provisions". Because of the place it holds, it may be thought that Article 24, which is in section 9 of the same Title, must be part of the overall scheme of these general provisions. But the *chapeau* of Article 3 seems to contradict this initial reaction, since its scope is confined to sections 2 to 6 of Title II. And as we have just pointed out, Article 24 is placed in section 9. From this *chapeau* to Article 3, the following conclusion seems to arise: the forms of jurisdiction which are excluded by Article 3 are excluded only for a case on the merits to which the rules in sections 2 to 6 apply. As a form of jurisdiction which may justify action by a court dealing with provisional measures, they would no longer be quite so exorbitant, because of the very nature of the measures concerned. Indeed, this is why the author of the first Report on the Brussels Convention states that provisional and protective measures under Article 24 may be required from the competent authorities "without regard to the rules of jurisdiction laid down in the Convention".[262] This is also, partially, how the Advocate General has reasoned in the *van Uden* case.[263]

154 However, one cannot help thinking that although this is probably the only possible interpretation, because of the structure and present wording of the Brussels Convention provisions, it is bound to be open to abuse. Two examples will make this clear. A French national could obtain an award for interim payment (*référé-provision*) in France by virtue of Article 14 of the Civil Code, which confers jurisdiction on the French courts because of the applicant's nationality, even if the case shows no connection with French territory and regardless of the place where the future decision has to be enforced. An English court could award a *Mareva* injunction even if its jurisdiction is based solely on the fact that the original summons was served on or notified to the defendant at a time when he was temporarily on United Kingdom territory. As we see, the relationship between jurisdiction for provisional measures and exceptional forms of jurisdiction (or prohibited ones, in the language adopted at The Hague) is fundamental in ensuring sound application in practice of the text in question. Moreover, it must immediately be said that if there is a mere *renvoi* to the law of the Contracting States, there would be nothing to prevent an English court, at that point, from applying the doctrine of *forum non conveniens* in the case described above.[264]

155 The difficulties posed by Article 24 in relation to the other provisions of the Convention are not confined solely to Article 3. The question has also arisen of how Article 24 is to operate in conjunction with Articles 16, 17, 21 and 22. As regards Article 16, the Jenard Report explains that the court only has exclusive jurisdiction under Article 16 if the proceedings have to do with the merits of the case.[265] Although most writers concur with this interpretation, some have challenged it either as a whole[266] or in part, depending on the subject matter of the various sub-paragraphs of Article 16.[267] O. Merkt takes the view that in each case, one must ascertain the objective pursued by the clause in the Convention, and decide whether the award of a provisional or protective measure by a court other than the court of this exclusive forum might imperil this objective. This approach, an attractive one in theory, seems to us to be too complicated to permit a proper application of the Convention's provisions. It does however show that there is a need for a better drafting in order to establish the relationship between the exclusive forms of jurisdiction and those which relate to the provisional and protective measures.

156 As regards Article 17, the same controversy exists as for Article 16. The parties are of course free to decide in advance, in their choice of forum clause, whether it is to apply also to provisional measures. However, practice shows that the parties rarely think of doing this. It should also be noted that there are virtually no contentious cases on this issue. And if we admit, as the Jenard Report does for Article 16 of the Convention, that Article 24 does not constitute a waiver, we cannot see why the exclusivity which might pertain to the jurisdiction chosen by the parties should be stronger than that contemplated in Article 16. In this respect, we recall that the Hague Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of

[258] Case 143/78, 27 March 1979, *ECR*, p. 1055.
[259] Case 120/79, 6 March 1980, *ECR*, p. 731.
[260] *C.H.W. v. G.J.H.*, Case 25/81, 31 March 1982, *ECR*, p. 1189.
[261] *Cf. supra* No 150.

[262] Jenard Report on the Brussels Convention, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 1-65, at p. 42.
[263] *Cf. supra* No 150.
[264] What we just explained in the text is also exemplified by the circumstances in the *van Uden* case. The Hague Court of Appeal, while approving the use of an exorbitant basis of jurisdiction, required nonetheless that there be some close links with the Netherlands before the requested measure is ordered.
[265] *Op. cit.* note 262, p. 34.
[266] O'Malley and Layton, *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, London 1989, p. 652, No 24.08.
[267] O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thesis, Neuchâtel, Hubert Druck AG, 1993, p. 120, No 304.

du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels[268] et *du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*[269] disposent que l'élection de for n'a pas d'effet sur les mesures provisoires et conservatoires.

157 Enfin, en ce qui concerne les rapports entre l'article 24 et les articles 21 et 22, leur texte et leur économie nous paraissent difficilement compatibles avec la nature et l'objectif d'une disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires. Il est clair en effet que les articles 21 et 22 ont pour but d'empêcher des décisions contradictoires au fond. En ce sens, ces textes ne concernent pas les mesures visées à l'article 24. Certes, il est de pratique assez courante pour un plaignant de requérir de plusieurs juges, situés dans des pays différents, des mesures conservatoires à l'encontre d'un même défendeur. Mais il n'est généralement pas possible d'appliquer les règles de la litispendance (art. 21) car les conditions n'en sont pas remplies : les diverses demandes n'ont généralement pas le même objet. De surcroît, les doutes que l'on a sur l'effet extraterritorial des mesures prononcées[270] empêchent, nous semble-t-il, de poser la question de la litispendance et de la connexité dans ce cadre.

158 L'article 24 est limité dans son application aux cas dans lesquels la compétence au fond est donnée à un autre État contractant. Cette précision ne pose pas de difficulté dans le cadre de la Convention de Bruxelles. En revanche, elle est mise en lumière ici afin d'attirer l'attention dans le cadre de la future Convention de La Haye. On pourrait en effet concevoir, dans le cadre de cette Convention, que la disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires puisse s'appliquer, alors même que la compétence au fond n'appartient pas à un État contractant.

159 En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution dans un État contractant d'une mesure provisoire ou conservatoire prise dans un autre État, il convient d'appliquer le titre III de la Convention. Or, ce titre commence par un article 25 qui se lit ainsi : « On entend par décision, au sens de la présente convention, toute décision rendue par une juridiction d'un État contractant quelle que soit la dénomination qui lui a été donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès. » Ce texte ne permet pas d'exclure les mesures provisoires ou conservatoires des décisions visées par la Convention. C'est d'ailleurs ainsi que l'avait entendu la Cour de justice des Communautés européennes dans le premier arrêt *De Cavel*[271]. Toutefois, il est également clair que les autres dispositions du titre III s'appliquent également et, notamment, les exceptions à la reconnaissance ou à l'exécution prévues à l'article 27.

160 C'est ainsi que dans l'affaire *Denilauler*[272], la Cour de justice explique que la Convention vise essentiellement les décisions judiciaires qui, avant le moment où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées dans un État autre que l'État d'origine, ont fait, ou étaient susceptibles de faire, dans cet État d'origine, l'objet, sous des modalités diverses, d'une instruction contradictoire. C'est pourquoi, si dans le cadre de la procédure dans l'État d'origine, le défendeur ne peut pas être appelé ou entendu d'une manière ou d'une autre, la décision autorisant la mesure en cause ne pourra pas bénéficier du régime du titre III de la Convention. Évidemment, cette décision enlève un certain attrait à des mesures provisoires dont le but est avant tout de s'appliquer et d'être mises en œuvre avant que le défendeur ne puisse organiser son insolvabilité. Il n'en demeure pas moins que certaines mesures provisoires peuvent bénéficier d'un effet extraterritorial, alors que le défendeur a été entendu et sans pour cela leur faire perdre de leur efficacité. C'est ainsi qu'en vertu d'une décision du 22 septembre 1995, le juge unique de la Cour de District de Zurich a rendu une décision reconnaissant une injonction *Mareva* en vertu de la Convention de Lugano[273]. Dans cette affaire, le juge anglais avait entendu les défendeurs qui, après avoir reçu notification de l'injonction *Mareva*, avaient obtenu audience auprès du juge pour qu'il en modifie les termes.

161 Il n'en demeure pas moins que c'est pour cette raison que la Cour de justice dans ce même arrêt *Denilauler* a jugé utile de préciser que :

> « C'est certainement le juge du lieu ou, en tout cas, de l'État contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées, qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées ou à prescrire des modalités et des conditions que le requérant devra respecter afin de garantir le caractère provisoire et conservatoire des mesures autorisées. »

Mais de là à en conclure, comme le font certains auteurs, que les mesures provisoires ne peuvent être prononcées que par le juge du lieu de situation de l'exécution de la mesure, il y a un pas que nous nous refusons à franchir, d'autant que la Cour de justice elle-même ne l'a pas franchi.

162 Dans le cadre de la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'article 24 a fait l'objet d'une proposition de modification présentée par la Commission européenne sous l'article 18 *bis* du texte révisé. Elle se lit de la manière suivante :

> « 1. Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant, si elles doivent être exécutées sur son territoire, quel que soit le lieu où se produisent leurs effets, peuvent être demandées dans cet État, même si, en vertu de la présente Convention, la juridiction d'un autre État contractant est compétente pour connaître du fond.
>
> 2. Aux fins de la présente Convention, les mesures provisoires et conservatoires sont les mesures urgentes destinées à instruire un litige, à assurer la conservation de preuves ou de biens en vue de la décision ou de l'exécution forcée, ou à maintenir ou régler une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée au juge du fond. »[274]

163 Il n'est pas utile de paraphraser la proposition de la Commission mais quelques éléments doivent être mis en lumière. Tout d'abord, la Commission privilégie une définition conventionnelle des mesures provisoires et conservatoires plus stricte que ne l'a fait la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Reichert II*[275], en exigeant que l'urgence soit une des conditions de mise en œuvre de la disposition conventionnelle. En revanche, elle élargit la définition puisqu'elle y inclut toutes les mesures de preuve mais également des mesures destinées « à régler » une situation de fait ou de droit et non simplement à maintenir le *statu quo*. Compte tenu des différentes positions doctrinales sur la définition donnée par l'arrêt *Reichert II*, la Commission a certainement voulu autoriser le juge du provisoire à régler certaines questions, même si c'est à titre temporaire, pour une période donnée. Or, à la lettre, la définition donnée par l'arrêt *Reichert II* ne le permet pas.

[268] Voir art. 4.
[269] Art. 6, al. 4.
[270] Cf. *infra* Nos 159 et s.
[271] Cf. *supra* No 151.
[272] Aff. C 125/79, 21 mai 1980, *Rec.*, p. 1553.
[273] Cette décision est citée par N. Voser, « Recognition and enforcement of foreign interim measures in Switzerland », *International Litigation News*, janvier 1997, p. 27.
[274] *JOCE*, 1998 C 33 du 31 janvier 1998, p. 20.
[275] Cf. *supra* No 149.

international sales of goods[268] and the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*[269] state that the choice of forum has no impact on provisional and protective measures.

157 Finally, as regards the relationship between Article 24 and Articles 21 and 22, we find it difficult to reconcile their wording and logic with the nature and objective of a clause on provisional and protective measures. Indeed, it is clear that the aim of Articles 21 and 22 is to prevent irreconcilable decisions on substantive issues being made. In this sense, these texts do not relate to the measures referred to in Article 24. Of course, it quite frequently happens that a plaintiff requests protective measures against the same defendant from several different courts located in different countries. But it is not usually possible to apply the rules of *lis pendens* (Art. 21) because the conditions for these are not met: the object of the proceedings is usually not the same. Moreover, because of the doubts concerning the extraterritorial effect of any awards made,[270] we think the question of *lis pendens* and connexity cannot be raised in this context.

158 The application of Article 24 is limited to cases in which jurisdiction on the merits is conferred to another Contracting State. This requirement does not raise any problem in the context of the Brussels Convention; but it is mentioned here in order to highlight the issue as regards the future Hague Convention. It may in fact be thought, in the context of this Convention, that the clause on provisional and protective measures may apply even if jurisdiction for the merits does not lie with a Contracting State.

159 As regards recognition and enforcement in a Contracting State of a provisional or protective measure awarded in another State, this calls for application of Title III of the Convention. This begins with Article 25, stating as follows: "For the purposes of this Convention, 'judgment' means any judgment given by a court or tribunal of a Contracting State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court." On the basis of this text, it is not possible to exclude provisional or protective measures from the decisions envisaged in the Convention. Indeed, that was the understanding of the European Court of Justice, in the first *De Cavel*[271] decision. However, it is equally clear that the other provisions of Title III also apply, including the exceptions to recognition or enforcement contemplated in Article 27.

160 This is why, in the *Denilauler* case,[272] the Court of Justice explains that the Convention deals essentially with judicial decisions which, before their recognition and enforcement is sought in a State other than the State of origin, have been or could have been, in the State of origin, the subject of adversarial proceedings of one kind or another. For this reason, if in the context of proceedings in the State of origin the defendant cannot be summoned or heard in some fashion, the decision which authorises the measure cannot be covered by the regime of Title III of the Convention. Obviously, this decision removes some of the attraction of provisional measures, the primary aim of which is to be applied and take effect before the defendant dissipates his assets. Nevertheless, some provisional measures may have extraterritorial effect, once the defendant has been heard, and may not be the less effective for that. For instance, under a decision of 22 September 1995, the single judge on the Zurich District Court handed down a decision recognising a *Mareva* injunction by virtue of the Lugano Convention.[273] In this case, the English court had heard the defendants; after being notified of the *Mareva* injunction, they had obtained a hearing before the court in order to have its terms amended.

161 Nevertheless, it was for this reason that the Court of Justice, again in the *Denilauler* judgment, explained that:

> "The courts of the place or, in any event, of the Contracting State, where the assets subject to the measures sought are located, are those best able to assess the circumstances which may lead to the grant or refusal of the measures sought or to the laying down of procedures and conditions which the plaintiff must observe in order to guarantee the provisional and protective character of the measures ordered."

But we cannot go so far as some writers in concluding from this that provisional measures can only be ordered by the court of the place where the measure is to be enforced, especially as the Court of Justice itself refrains from going as far as this.

162 In the context of the revision of the Brussels and Lugano Conventions, the European Commission proposed an amendment to Article 24 as Article 18 *a* of the revised text. It reads as follows:

> "1. Where such provisional or protective measures as are available under the law of a Contracting State are to be enforced in its territory, they may be sought in that State, irrespective of the place where they produce their effects, even if, under this Convention, the courts of another Contracting State have jurisdiction as to the substance of the matter.
>
> 2. For the purposes of this Convention, provisional, including protective measures means urgent measures for the examination of a dispute, for the preservation of evidence or of property pending judgment or enforcement, or for the preservation or settlement of a situation of fact or of law for the purpose of safeguarding rights which the courts hearing the substantive issues are, or may be, asked to recognize."[274]

163 There is no need to paraphrase the Commission's proposal, but some aspects are worthy of comment. First, the Commission places emphasis on a treaty definition of provisional and protective measures, being stricter than the one given by the European Court of Justice in the *Reichert II* case,[275] in that it insists on an emergency as one of the conditions for implementing the treaty provision. On the other hand, it widens the definition by including in it all the evidentiary means as well as measures intended to "resolve" a *de facto* or *de iure* situation, not merely to maintain the status quo. Bearing in mind the variety of theoretical views incited by the definition in the *Reichert II* case, the Commission certainly sought to authorise the court dealing with provisional measures to resolve certain issues, even on a temporary basis, for a given period. But taken literally, the definition given in the *Reichert II* judgment does not allow for this.

[268] See Art. 4.
[269] See Art. 6, para. 4.
[270] *Cf. infra* Nos 159 *et seq.*
[271] *Cf. supra* No 151.
[272] Case C-125/79, 21 May 1980, *ECR*, p. 1553.

[273] This decision is cited by N. Voser, "Recognition and enforcement of foreign interim measures in Switzerland", *International Litigation News*, January 1997, p. 27.
[274] *JOCE*, 1998 C 33 of 31 January 1998, p. 20.
[275] *Cf. supra* No 149.

164 L'innovation la plus importante dans la proposition de la Commission concerne la compétence. Le premier paragraphe de l'article 18 *bis* donne clairement compétence au tribunal du lieu d'exécution de la mesure, ce qui correspond, en pratique, au plus grand nombre de cas. Toutefois, la Commission a ajouté le membre de phrase suivant: «quel que soit le lieu où se produisent leurs effets». Ce que vise la Commission ici n'est pas très clair. Elle semble faire une distinction entre les effets de la mesure et son exécution. La plupart du temps, ceux-ci coïncideront. Mais on peut imaginer un cas au moins dans lequel ces éléments pourraient ne pas coïncider, ce sont les injonctions *Mareva*. Dans ce cas, l'injonction peut être exécutée sur le territoire anglais, territoire sur lequel «se trouve» le débiteur et compte tenu de ce que la mesure a un effet *in personam* à l'encontre du débiteur lui-même. Cependant, s'il s'agit d'une injonction extraterritoriale, c'est-à-dire concernant un patrimoine du débiteur situé à l'extérieur du Royaume-Uni, elle peut produire ses effets dans d'autres États. Par exemple, elle peut permettre d'empêcher le transfert de propriété d'un bien appartenant au défendeur mais situé hors du territoire britannique. Mais si telle est bien l'idée sous-jacente de la disposition proposée par la Commission, il nous semblerait plus clair et d'application plus aisée pour le justiciable de rédiger le texte de manière différente, en explicitant notamment les différences existant, au titre de la compétence et des effets, entre les mesures *in personam* et les mesures *in rem* ou, autrement dit, entre les injonctions et les mesures directement liées à un bien ou un ensemble de biens donné.

CONCLUSION

165 Des développements qui précèdent, il apparaît clairement que les experts de la Commission spéciale voudront vraisemblablement s'interroger sur le point de savoir si la Convention elle-même doit comporter une définition de ce que l'on entend par «mesures provisoires ou conservatoires». Si la décision est prise d'inclure une telle définition, il conviendrait de décider si l'urgence doit être l'une des conditions requises pour que l'on puisse prononcer une mesure conservatoire ou provisoire. On nous permettra de préciser ici que cette notion nécessitera, à tout le moins, quelques explications et exemples dans le Rapport explicatif afin d'aider les justiciables (et plus tard les juges) à mieux cerner les hypothèses dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourra être prononcée. Mais cette notion pourra peut-être engendrer un contentieux plus abondant que ne le voudraient les rédacteurs de la Convention. Par ailleurs, il conviendra également de décider si les mesures d'instruction ou probatoires (telle une expertise) seront incluses dans la disposition conventionnelle[276].

166 Par ailleurs, le rapport entre la disposition consacrée aux mesures provisoires et conservatoires et les autres dispositions de la Convention devra être minutieusement défini: les mesures provisoires conventionnelles sont-elles limitées aux matières incluses dans la Convention ou, au contraire, la disposition conventionnelle peut-elle s'appliquer en dehors de ces matières? Si la Convention prévoit des compétences exclusives, le rôle des mesures provisoires et conservatoires à l'égard de ces compétences devra être précisé; de la même manière pour l'élection de for. Il conviendra également de préciser si la disposition conventionnelle peut s'appliquer alors même que la compétence au fond n'appartient pas à un tribunal d'un État contractant. Enfin, il conviendra de préciser l'ampleur de l'effet extraterritorial que l'on souhaite donner aux mesures prononcées dans un État contractant.

[276] Ce point est particulièrement important au vu de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.*

164 The most important innovation in the Commission's proposal relates to jurisdiction. The first paragraph of Article 18 *a* clearly confers jurisdiction on the court of the place where the measure is to be enforced, as will in practice apply in the great majority of cases. However, the Commission added the following words: "irrespective of the place where they produce their effects". It is not very clear what the Commission intends by this. It seems to be drawing a distinction between the effects of the measure and its enforcement. Most of the time, the two will coincide. But there is one possible case in which they could not be the same: this is the case of *Mareva* injunctions. In this case, the injunction may be enforced on English territory, the territory on which the debtor is "situated" and having regard to the fact that the measure has an effect *in personam* on the debtor himself. However, if it is an extraterritorial injunction, *i.e.*, one which has an impact on assets outside the United Kingdom, it may produce effects in other States. It may, for example, prevent transfer of ownership of an asset belonging to the defendant, but which is located outside UK territory. But if this is the underlying notion in the clause proposed by the Commission, we believe it would be clearer and easier for the litigant to apply if the text were worded differently, for instance by clarifying the difference in jurisdiction and effects as between measures *in personam* and measures *in rem* or, in other words, between injunctions and the measures which are directly associated with a given asset or collection of assets.

CONCLUSION

165 It will be clear from the foregoing that the experts of the Special Commission will probably wish to consider whether the Convention itself should contain a definition of what is meant by "provisional or protective measures". If it is decided to include such a definition, it must also be decided whether urgency should be one of the conditions set for the award of a provisional or protective measure. We may say here that this will require, at the least, certain explanations and examples in the Explanatory Report in order to assist litigants (and later the courts) in gaining an idea of the circumstances in which a provisional or protective measure may be ordered. But this approach may perhaps give rise to more argument than the drafters of the Convention would wish. A further decision to be made is whether investigative or probative measures (such as an expert examination) should be included in the treaty provision.[276]

166 Furthermore, the relationship between the clause on provisional and protective measures and the other Convention provisions will have to be defined in considerable detail. Are the treaty provisional measures confined to subjects covered by the Convention, or may the treaty provision be applied outside these? If the Convention specifies exclusive jurisdiction, the role of provisional and protective measures in relation to such jurisdiction must be explained. The same goes for the choice of forum. It should also be made clear whether the treaty provision may apply even if jurisdiction for the merits does not lie with a court of a Contracting State. Finally, the extent of the extraterritorial effect to be given to measures awarded in a Contracting State calls for explanation.

[276] This point is especially important in view of the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.*

Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar

Document préliminaire No 11 d'août 2000

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier – Champ d'application matériel

1 La Convention s'applique en matière civile et commerciale. Elle ne comprend pas, notamment, les matières fiscales, douanières et administratives.

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

a) l'état et la capacité des personnes ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues ;

d) les testaments et successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues ;

f) la sécurité sociale ;

g) l'arbitrage et les procédures y afférentes ;

h) les matières maritimes.

3 Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie.

4 La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

Article 2 – Champ d'application territorial

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

a) l'article 4 s'applique si elles sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend ;

b) l'article 12, relatif aux compétences exclusives, s'applique ;

c) les articles 21 et 22 s'appliquent lorsque le tribunal doit déterminer s'il y a lieu de renoncer à exercer sa compétence ou de suspendre la procédure au motif que les tribunaux d'un autre État contractant devraient statuer sur le litige.

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

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 3 – For du défendeur

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

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

a) de son siège statutaire,

b) selon la loi duquel elle a été constituée,

c) de son administration centrale, ou

d) de son principal établissement.

Article 4 – Élection de for

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

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

a) par écrit ;

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties ;

d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

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

Article 5 – Comparution du défendeur

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

Preliminary Draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar

Preliminary Document No 11 of August 2000

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 – Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g) arbitration and proceedings related thereto;

h) admiralty or maritime matters.

3 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any other person acting for the State is a party thereto.

4 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Territorial scope

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State –

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute;

b) Article 12, regarding exclusive jurisdiction, shall apply;

c) Articles 21 and 22 shall apply where the court is required to determine whether to decline jurisdiction or suspend its proceedings on the grounds that the dispute ought to be determined in the courts of another Contracting State.

2 The provisions of Chapter III apply to the recognition and enforcement in a Contracting State of a judgment rendered in another Contracting State.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 3 – Defendant's forum

1 Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of the State where that defendant is habitually resident.

2 For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat,

b) under whose law it was incorporated or formed,

c) where it has its central administration, or

d) where it has its principal place of business.

Article 4 – Choice of court

1 If the parties have agreed that a court or courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into or confirmed –

a) in writing;

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

3 Agreements conferring jurisdiction and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12.

Article 5 – Appearance by the defendant

1 Subject to Article 12, a court has jurisdiction if the defendant proceeds on the merits without contesting jurisdiction.

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

Article 6 – Contrats

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

a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie ;

b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ;

c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.

Article 7 – Contrats conclus par les consommateurs

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

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

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

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

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

a) si leur convention est postérieure au différend ; ou

b) seulement dans la mesure où elle permet au consommateur de saisir un autre tribunal.

Article 8 – Contrats individuels de travail

1 En matière de contrat individuel de travail :

a) le travailleur peut introduire une action contre l'employeur,

i) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant les tribunaux de l'État du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou

ii) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli son travail habituellement dans le même État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ;

b) l'employeur peut introduire une action contre le travailleur,

i) devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du travailleur, ou

ii) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

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

a) si leur convention est postérieure à la naissance du différend, ou

b) seulement dans la mesure où elle permet au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués au présent article et à l'article 3 de la Convention.

Article 9 – Succursales [et activité commerciale habituelle]

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

Article 10 – Délits

1 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission à l'origine du dommage, ou

b) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État.

2 Le paragraphe premier *b)* ne s'applique pas aux préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles, notamment les prix imposés ou les abus de position dominante, ou résultant des ententes visant à provoquer des pertes économiques.

3 Le demandeur peut également introduire une action conformément aux dispositions du paragraphe premier lorsque soit l'acte ou l'omission, soit le dommage est susceptible de se produire.

4 Si une action est introduite devant les tribunaux d'un État en vertu seulement du lieu où le dommage a pris naissance ou est susceptible de se produire, ces tribunaux ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet État, sauf si la partie lésée a sa résidence habituelle dans cet État.

Article 11 – Trusts

1 Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont seuls compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust. Lorsque l'acte

2 The defendant has the right to contest jurisdiction no later than at the time of the first defence on the merits.

Article 6 – Contracts

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;

b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;

c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

Article 7 – Contracts concluded by consumers

1 A plaintiff who concluded a contract for a purpose which is outside its trade or profession, hereafter designated as the consumer, may bring a claim in the courts of the State in which it is habitually resident, if

a) the conclusion of the contract on which the claim is based is related to trade or professional activities that the defendant has engaged in or directed to that State, in particular in soliciting business through means of publicity, and

b) the consumer has taken the steps necessary for the conclusion of the contract in that State.

2 A claim against the consumer may only be brought by a person who entered into the contract in the course of its trade or profession before the courts of the State of the habitual residence of the consumer.

3 The parties to a contract within the meaning of paragraph 1 may, by an agreement which conforms with the requirements of Article 4, make a choice of court –

a) if such agreement is entered into after the dispute has arisen, or

b) to the extent only that it allows the consumer to bring proceedings in another court.

Article 8 – Individual contracts of employment

1 In matters relating to individual contracts of employment –

a) an employee may bring an action against the employer,

i) in the courts of the State in which the employee habitually carries out his work or in the courts of the last State in which he did so, or

ii) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the business that engaged the employee is or was situated;

b) a claim against an employee may be brought by the employer only,

i) in the courts of the State where the employee is habitually resident, or

ii) in the courts of the State in which the employee habitually carries out his work.

2 The parties to a contract within the meaning of paragraph 1 may, by an agreement which conforms with the requirements of Article 4, make a choice of court –

a) if such agreement is entered into after the dispute has arisen, or

b) to the extent only that it allows the employee to bring proceedings in courts other than those indicated in this Article or in Article 3 of the Convention.

Article 9 – Branches [and regular commercial activity]

A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment of the defendant is situated, [or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means,] provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or establishment [or to that regular commercial activity].

Article 10 – Torts or delicts

1 A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.

2 Paragraph 1 *b)* shall not apply to injury caused by antitrust violations, in particular price-fixing or monopolisation, or conspiracy to inflict economic loss.

3 A plaintiff may also bring an action in accordance with paragraph 1 when the act or omission, or the injury may occur.

4 If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose or may occur there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred or may occur in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.

Article 11 – Trusts

1 In proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, the courts of a Contracting State designated in the trust instrument for this purpose shall have exclusive jurisdiction. Where the trust instrument designates

constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.

2 En l'absence d'une telle élection de for, une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État:

a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust;

b) dont la loi est applicable au trust;

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action.

Article 12 – Compétences exclusives

1 Si l'action porte sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeubles, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé, sauf si, en matière de baux d'immeubles, le locataire a sa résidence habituelle hors de cet État.

2 Si l'action porte sur la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou la validité ou la nullité des décisions de ses organes, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dont la loi régit la personne morale.

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

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

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

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

Article 13 – Mesures provisoires et conservatoires

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

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

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

a) si leur exécution est limitée au territoire de cet État, et

b) si elles sont destinées à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant.

Article 14 – Pluralité de défendeurs

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

a) la demande dirigée contre le défendeur qui a sa résidence habituelle dans cet État et la demande dirigée contre les autres défendeurs sont si étroitement liées qu'elles doivent être décidées ensemble afin d'éviter un risque sérieux de jugements inconciliables, et

b) pour chacun de ceux qui n'ont pas leur résidence habituelle dans cet État, il existe un lien substantiel entre cet État et le litige concernant ce défendeur.

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

Article 15 – Demande reconventionnelle

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

Article 16 – Appel en garantie et intervention

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

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

Article 17 – Compétence fondée sur le droit national

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

Article 18 – Compétences interdites

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

a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.

2 In the absence of such designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) in which is situated the principal place of administration of the trust;

b) whose law is applicable to the trust;

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings.

Article 12 – Exclusive jurisdiction

1 In proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property, the courts of the Contracting State in which the property is situated have exclusive jurisdiction, unless in proceedings which have as their object tenancies of immovable property, the tenant is habitually resident in a different State.

2 In proceedings which have as their object the validity, nullity, or dissolution of a legal person, or the validity or nullity of the decisions of its organs, the courts of a Contracting State whose law governs the legal person have exclusive jurisdiction.

3 In proceedings which have as their object the validity or nullity of entries in public registers, the courts of the Contracting State in which the register is kept have exclusive jurisdiction.

4 In proceedings which have as their object the registration, validity, [or] nullity[, or revocation or infringement,] of patents, trademarks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction. This shall not apply to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible.

[5 In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, the preceding paragraph does not exclude the jurisdiction of any other court under the Convention or under the national law of a Contracting State.]

[6 The previous paragraphs shall not apply when the matters referred to therein arise as incidental questions.]

Article 13 – Provisional and protective measures

1 A court having jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures.

2 The courts of a State in which property is located have jurisdiction to order any provisional or protective measures in respect of that property.

3 A court of a Contracting State not having jurisdiction under paragraphs 1 or 2 may order provisional or protective measures, provided that –

a) their enforcement is limited to the territory of that State, and

b) their purpose is to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party.

Article 14 – Multiple defendants

1 A plaintiff bringing an action against a defendant in a court of the State in which that defendant is habitually resident may also proceed in that court against other defendants not habitually resident in that State if –

a) the claims against the defendant habitually resident in that State and the other defendants are so closely connected that they should be adjudicated together to avoid a serious risk of inconsistent judgments, and

b) as to each defendant not habitually resident in that State, there is a substantial connection between that State and the dispute involving that defendant.

2 Paragraph 1 shall not apply to a co-defendant invoking an exclusive choice of court clause agreed with the plaintiff and conforming with Article 4.

Article 15 – Counter-claims

A court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based.

Article 16 – Third party claims

1 A court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a claim by a defendant against a third party for indemnity or contribution in respect of the claim against that defendant to the extent that such an action is permitted by national law, provided that there is a substantial connection between that State and the dispute involving that third party.

2 Paragraph 1 shall not apply to a third party invoking an exclusive choice of court clause agreed with the defendant and conforming with Article 4.

Article 17 – Jurisdiction based on national law

Subject to Articles 4, 5, 7, 8, 12 and 13, the Convention does not prevent the application by Contracting States of rules of jurisdiction under national law, provided that this is not prohibited under Article 18.

Article 18 – Prohibited grounds of jurisdiction

1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and the dispute.

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

a) la présence ou la saisie dans cet État de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens ;

b) la nationalité du demandeur ;

c) la nationalité du défendeur ;

d) le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet État ;

e) la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet État, sauf si le litige est directement lié à ces activités ;

f) l'assignation délivrée au défendeur dans cet État ;

g) la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur ;

h) la procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement dans cet État, sauf si le litige est directement lié à ces procédures ;

i) la résidence temporaire ou la présence du défendeur dans cet État ;

j) le lieu de signature du contrat dont dérive le litige.

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

[*Variante No 1 :*

[*a)* un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre[, tels que définis par le Statut de la Cour pénale internationale] ; ou]

[*b)* un crime grave selon le droit international contre une personne physique ; ou]

[*c)* une grave violation des droits fondamentaux inaliénables de la personne reconnus par le droit international, telle que la torture, l'esclavage, le travail forcé et la disparition de personnes].

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

Variante No 2 :

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

Article 19 – Autorité du tribunal saisi

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

a) si le droit national l'exige ; ou

b) à la demande du demandeur ; ou

[*c)* à la demande du défendeur, même après que le jugement a été rendu, selon la procédure du droit national ; ou]

[*d)* si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié au défendeur dans un autre État contractant.]

ou

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

Article 20

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

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

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

Article 21 – Litispendance

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

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

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

4 Les dispositions des paragraphes précédents s'appliquent au tribunal saisi en second lieu même si sa compétence est

Avant-projet de Convention

2 In particular, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis solely of one or more of the following –

a) the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;

b) the nationality of the plaintiff;

c) the nationality of the defendant;

d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that State;

e) the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, except where the dispute is directly related to those activities;

f) the service of a writ upon the defendant in that State;

g) the unilateral designation of the forum by the plaintiff;

h) proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings;

i) the temporary residence or presence of the defendant in that State;

j) the signing in that State of the contract from which the dispute arises.

3 Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action [seeking relief] [claiming damages] in respect of conduct which constitutes –

[*Variant One:*

[*a)* genocide, a crime against humanity or a war crime[, as defined in the Statute of the International Criminal Court]; or]

[*b)* a serious crime against a natural person under international law; or]

[*c)* a grave violation against a natural person of non-derogable fundamental rights established under international law, such as torture, slavery, forced labour and disappeared persons].

[Sub-paragraphs [*b)* and] *c)* above apply only if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.]

Variant Two:

a serious crime under international law, provided that this State has established its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a party and that the claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injury arising from that crime.]

Article 19 – Authority of the court seised

Where the defendant does not enter an appearance, the court shall verify whether Article 18 prohibits it from exercising jurisdiction if –

a) national law so requires; or

b) the plaintiff so requests; or

[*c)* the defendant so requests, even after judgment is entered in accordance with procedures established under national law; or]

[*d)* the document which instituted the proceedings or an equivalent document was served on the defendant in another Contracting State.]

or

[*d)* it appears from the documents filed by the plaintiff that the defendant's address is in another Contracting State.]

Article 20

1 The court shall stay the proceedings so long as it is not established that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, or that all necessary steps have been taken to that effect.

[2 Paragraph 1 shall not affect the use of international instruments concerning the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, in accordance with the law of the forum.]

[3 Paragraph 1 shall not apply, in case of urgency, to any provisional or protective measures.]

Article 21 – Lis pendens

1 When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4 or 12.

2 The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.

3 Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.

4 The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of

fondée sur le droit national de cet État conformément à l'article 17.

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

a) lorsque l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès du tribunal, ou

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

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

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

a) les dispositions des paragraphes premier à 5 ne s'appliquent pas au tribunal second saisi, et

b) le tribunal premier saisi suspend la procédure à la demande d'une partie s'il est à prévoir que le tribunal second saisi rendra une décision susceptible d'être reconnue en vertu de la Convention.

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

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

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

2 Le tribunal prend en considération, notamment :

a) tout inconvénient qui en résulterait pour les parties, compte tenu de leur résidence habituelle ;

b) la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention ;

c) les délais de prescription applicables ;

d) la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond.

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

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

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

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

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

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 – Définition du terme « jugement »

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

a) toute décision rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférant à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention ;

b) les décisions prononçant des mesures provisoires ou conservatoires conformément à l'article 13, paragraphe premier.

Article 24 – Jugements exclus du chapitre III

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

Article 25 – Jugements reconnus ou exécutés

1 Un jugement fondé sur une compétence prévue aux articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences est reconnu ou exécuté en vertu du présent chapitre.

2 Pour être reconnu, le jugement visé au paragraphe premier doit posséder l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine.

3 Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé au paragraphe premier doit être exécutoire dans l'État d'origine.

4 Toutefois, la reconnaissance ou l'exécution peut être différée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer ce recours n'est pas expiré.

Article 26 – Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés

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

that court is based on the national law of that State in accordance with Article 17.

5 For the purpose of this Article, a court shall be deemed to be seised –

a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, or

b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.

[As appropriate, universal time is applicable.]

6 If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised –

a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised, and

b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.

7 This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.

Article 22 – Exceptional circumstances for declining jurisdiction

1 In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.

2 The court shall take into account, in particular –

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;

b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;

c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

3 In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4 If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.

5 When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court, or

b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 – Definition of "judgment"

For the purposes of this Chapter, "judgment" means –

a) any decision given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court, provided that it relates to a decision which may be recognised or enforced under the Convention;

b) decisions ordering provisional or protective measures in accordance with Article 13, paragraph 1.

Article 24 – Judgments excluded from Chapter III

This Chapter shall not apply to judgments based on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17.

Article 25 – Judgments to be recognised or enforced

1 A judgment based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, or which is consistent with any such ground, shall be recognised or enforced under this Chapter.

2 In order to be recognised, a judgment referred to in paragraph 1 must have the effect of *res judicata* in the State of origin.

3 In order to be enforceable, a judgment referred to in paragraph 1 must be enforceable in the State of origin.

4 However, recognition or enforcement may be postponed if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking a review has not expired.

Article 26 – Judgments not to be recognised or enforced

A judgment based on a ground of jurisdiction which conflicts with Articles 4, 5, 7, 8 or 12, or whose application is prohibited by virtue of Article 18, shall not be recognised or enforced.

Article 27 – Vérification de la compétence

1 Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.

2 Lors de l'appréciation de la compétence du tribunal d'origine, le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut.

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée au motif que le tribunal requis considère que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

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

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée si :

a) un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant un tribunal de l'État requis, premier saisi conformément à l'article 21 ;

b) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu, soit dans l'État requis soit dans un autre État, pour autant qu'il soit, dans ce dernier cas, susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis ;

c) le jugement résulte d'une procédure incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis, y compris le droit de chaque partie d'être entendue par un tribunal impartial et indépendant ;

d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre ;

e) le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure ;

f) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis.

2 Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre, le tribunal de l'État requis ne procède à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine.

Article 29 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) tout document de nature à établir que le jugement possède l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État ;

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

2 Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

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

Article 30 – Procédure

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

Article 31 – Frais de procédure

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

Article 32 – Aide judiciaire

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

Article 33 – Dommages et intérêts

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

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

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

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

Article 27 – Verification of jurisdiction

1 The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.

2 In verifying the jurisdiction of the court of origin, the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 Recognition or enforcement of a judgment may not be refused on the ground that the court addressed considers that the court of origin should have declined jurisdiction in accordance with Article 22.

Article 28 – Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court of the State addressed, if first seised in accordance with Article 21;

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed;

c) the judgment results from proceedings incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed, including the right of each party to be heard by an impartial and independent court;

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence;

e) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.

Article 29 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State;

d) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 No legalisation or similar formality may be required.

3 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Article 30 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 31 – Costs of proceedings

No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses shall be required by reason only that the applicant is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

Article 32 – Legal aid

Natural persons habitually resident in a Contracting State shall be entitled, in proceedings for recognition or enforcement, to legal aid under the same conditions as apply to persons habitually resident in the requested State.

Article 33 – Damages

1 In so far as a judgment awards non-compensatory, including exemplary or punitive, damages, it shall be recognised at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed.

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the State addressed in the same circumstances, including those existing in the State of origin.

3 In applying paragraph 1 or 2, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 34 – Divisibilité

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

Article 35 – Actes authentiques

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

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

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

Article 36 – Transactions

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

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 – Rapport avec d'autres Conventions

[*Voir annexe.*]

Article 38 – Interprétation uniforme

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

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

[Article 39

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

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

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

[Article 40

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

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

Article 41 – Clause fédérale

ANNEXE

Article 37 – Rapport avec d'autres Conventions

Première proposition

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par un tel instrument.

2 Toutefois, la Convention l'emporte sur de tels instruments dans la mesure où ceux-ci préconisent des fors non autorisés aux termes de l'article 18 de la Convention.

3 Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale, ainsi qu'aux instruments adoptés au sein d'une communauté d'États.

Deuxième proposition

1 *a)* Dans cet article, la Convention de Bruxelles [révisée], le Règlement [...] de l'Union européenne, et la Convention de Lugano [révisée] seront désignés globalement comme « les instruments européens ».

b) Un État partie à l'une ou l'autre de ces Conventions ou un État membre de l'Union européenne auquel le Règlement susmentionné s'applique seront globalement désignés comme « les États soumis aux instruments européens ».

2 Sous réserve des alinéas suivants [de cet article], un État soumis aux instruments européens doit appliquer ces instruments et non la Convention, dès lors que ces instruments sont applicables conformément à leurs dispositions.

3 Sauf lorsque sont applicables les dispositions des instruments européens sur :

a) les compétences exclusives ;

b) la prorogation volontaire de compétence ;

c) la litispendance et la connexité ;

d) les compétences protectrices des consommateurs ou des salariés ;

Article 34 – Severability

If the judgment contains elements which are severable, one or more of them may be separately recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.

Article 35 – Authentic instruments

1 Each Contracting State may declare that it will enforce, subject to reciprocity, authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in another Contracting State.

2 The authentic instrument must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority and the authentication must relate to both the signature and the content of the document.

[3 The provisions concerning recognition and enforcement provided for in this Chapter shall apply as appropriate.]

Article 36 – Settlements

Settlements to which a court has given its authority shall be recognised, declared enforceable or registered for enforcement in the State addressed under the same conditions as judgments falling within the Convention, so far as those conditions apply to settlements.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 – Relationship with other Conventions

[*See Annex.*]

Article 38 – Uniform interpretation

1 In the interpretation of the Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

2 The courts of each Contracting State shall, when applying and interpreting the Convention, take due account of the case law of other Contracting States.

[Article 39

1 Each Contracting State shall, at the request of the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, send to the Permanent Bureau at regular intervals copies of any significant decisions taken in applying the Convention and, as appropriate, other relevant information.

2 The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals convene a Special Commission to review the operation of the Convention.

3 The Commission may make recommendations on the application or interpretation of the Convention and may propose modifications or revisions of the Convention or the addition of protocols.]

[Article 40

1 Upon a joint request of the parties to a dispute in which the interpretation of the Convention is at issue, or of a court of a Contracting State, the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law shall assist in the establishment of a committee of experts to make recommendations to such parties or such court.

[2 The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall, as soon as possible, convene a Special Commission to draw up an optional protocol setting out rules governing the composition and procedures of the committee of experts.]]

Article 41 – Federal clause

ANNEX

Article 37 – Relationship with other Conventions

Proposal 1

1 The Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by the Convention, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

2 However, the Convention prevails over such instruments to the extent that they provide for fora not authorised under the provisions of Article 18 of the Convention.

3 The preceding paragraphs also apply to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned and to instruments adopted by a community of States.

Proposal 2

1 *a)* In this Article, the Brussels Convention [as amended], Regulation [...] of the European Union, and the Lugano Convention [as amended] shall be collectively referred to as "the European instruments".

b) A State Party to either of the above Conventions or a Member State of the European Union to which the above Regulation applies shall be collectively referred to as "European instrument States".

2 Subject to the following provisions [of this Article], a European instrument State shall apply the European instruments, and not the Convention, whenever the European instruments are applicable according to their terms.

3 Except where the provisions of the European instruments on –

a) exclusive jurisdiction;

b) prorogation of jurisdiction;

c) *lis pendens* and related actions;

d) protective jurisdiction for consumers or employees;

un État soumis aux instruments européens doit appliquer les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention lorsque le défendeur n'a pas de domicile dans un État soumis aux instruments européens.

4 Même si le défendeur est domicilié dans un État soumis aux instruments européens, un tribunal d'un tel État doit appliquer :

a) l'article 4 de la Convention dès lors que le tribunal choisi ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens,

b) l'article 12 de la Convention dès lors que le tribunal auquel l'article 12 donne compétence exclusive ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens,

c) les articles 21 et 22 de la Convention dès lors que chaque fois que le tribunal au bénéfice duquel la procédure est suspendue ou la compétence déclinée ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens.

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

Troisième proposition (disponible en anglais uniquement)

are applicable, a European instrument State shall apply Articles 3, 5 to 11, 14 to 16 and 18 of the Convention whenever the defendant is not domiciled in a European instrument State.

4 Even if the defendant is domiciled in a European instrument State, a court of such a State shall apply –

a) Article 4 of the Convention whenever the court chosen is not in a European instrument State;

b) Article 12 of the Convention whenever the court with exclusive jurisdiction under that provision is not in a European instrument State; and

c) Articles 21 and 22 of this Convention whenever the court in whose favour the proceedings are stayed or jurisdiction is declined is not a court of a European instrument State.

Note: Another provision will be needed for other conventions and instruments.

Proposal 3

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

a) not to be governed by this provision, or

b) not to be governed by this provision as to certain designated other conventions.

Rapport de la Commission spéciale établi par Peter Nygh et Fausto Pocar

(traduction)

INTRODUCTION

CADRE GÉNÉRAL ET NATURE DE LA CONVENTION

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier *– Champ d'application matériel*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Lettre c)
Lettre d)
Lettre e)
Lettre f)
Lettre g)
Lettre h)
Paragraphe 3
Paragraphe 4

Article 2 *– Champ d'application territorial*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Élection de for*
Lettre b) *– Compétences exclusives*
Lettre c) *– Litispendance et refus d'exercer la compétence*
Paragraphe 2

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 3 *– For du défendeur*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– Siège statutaire*
Lettre b) *– Loi de constitution*
Lettre c) *– Administration centrale*
Lettre d) *– Principal établissement*

Article 4 *– Élection de for*
Paragraphe 1 – Clause attributive de juridiction
Champ d'application
Accord
Licéité de l'accord
Validité au fond de l'accord
Le tribunal ou les tribunaux d'un État
Lien de rattachement avec le for désigné
Les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé
Compétence exclusive à moins que les parties n'en aient décidé autrement
Effet du choix d'un tribunal d'un État contractant
Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant
Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires
Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts
Paragraphe 2 – Validité formelle
Lettres a) *et* b) *– Forme enregistrée*
Lettre c) *– Usage régulièrement suivi par les parties*
Lettre d) *– Usage dans une branche commerciale particulière*
Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords

Article 5 *– Comparution du défendeur*
Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence
Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence

Article 6 *– Contrats*
Lettre a) *– Fourniture d'objets mobiliers corporels*
Lettre b) *– Prestation de services*
Lettre c) *– Prestations mixtes*

Article 7 *– Contrats conclus par les consommateurs*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 8 *– Contrats individuels de travail*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Actions du travailleur contre l'employeur*
Lettre b) *– Actions de l'employeur contre le travailleur*
Paragraphe 2

Article 9 *– Succursales [et activité commerciale habituelle]*
Compétence fondée sur une « succursale, agence, ou tout autre établissement »
Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »
Directement lié à cette succursale ou cette activité

Article 10 *– Délits*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Lieu de l'acte ou de l'omission*
Lettre b) *– Lieu de la naissance du dommage*
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4

Article 11 *– Trusts*
Sens du terme « trust »
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– L'État dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust*
Lettre b) *– L'État dont la loi est applicable au trust*
Lettre c) *– L'État avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action*

Article 12 *– Compétences exclusives*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5
Paragraphe 6

Article 13 *– Mesures provisoires et conservatoires*

Report of the Special Commission by Peter Nygh and Fausto Pocar

INTRODUCTION

GENERAL FRAMEWORK AND NATURE OF THE CONVENTION

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY ON THE CONVENTION

Preamble

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 *– Substantive scope*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Sub-paragraph c)
Sub-paragraph d)
Sub-paragraph e)
Sub-paragraph f)
Sub-paragraph g)
Sub-paragraph h)
Paragraph 3
Paragraph 4

Article 2 *– Geographic scope*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Choice of court*
Sub-paragraph b) *– Exclusive jurisdiction*
Sub-paragraph c) – Lis pendens *and refusal to exercise jurisdiction*
Paragraph 2

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 3 *– Defendant's forum*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– Statutory seat*
Sub-paragraph b) *– Law of incorporation*
Sub-paragraph c) *– Central administration*
Sub-paragraph d) *– Principal place of business*

Article 4 *– Choice of court*
Paragraph 1 – Choice of forum clause
Scope of application
Agreement
*The lawfulness (*licéité*) of the agreement*
The substantive validity of the agreement
A court or courts of a State
Connection with the selected forum
Any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship
Exclusive jurisdiction unless the parties have agreed otherwise
Effect of choice of a court of a Contracting State
Choice of court or courts of a non-Contracting State

Choice of court clauses and provisional and protective measures
Choice of court clauses in trust instruments

Paragraph 2 – Formal validity
Sub-paragraphs a) *and* b) *– Recorded form*
Sub-paragraph c) *– Regular usage by the parties*
Sub-paragraph d) *– Usage in the particular trade*

Paragraph 3 – Invalidity of certain agreements

Article 5 *– Appearance by the defendant*
Paragraph 1 – Submission to the jurisdiction
Paragraph 2 – The right to contest jurisdiction

Article 6 *– Contracts*
Sub-paragraph a) *– Supply of goods*
Sub-paragraph b) *– Provision of services*
Sub-paragraph c) *– Combinations of goods and services*

Article 7 *– Contracts concluded by consumers*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 8 *– Individual contracts of employment*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Actions by an employee against an employer*
Sub-paragraph b) *– Claims by an employer against an employee*
Paragraph 2

Article 9 *– Branches [and regular commercial activity]*
Jurisdiction based on "branch, agency or other establishment"
Jurisdiction based on "regular commercial activity"
Directly relating to that branch or that activity

Article 10 *– Torts or delicts*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Place of the act or omission*
Sub-paragraph b) *– Place where the injury arose*
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4

Article 11 *– Trusts*
The meaning of "trust"
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– The State in which is situated the principal place of administration of the trust*
Sub-paragraph b) *– The State the law of which is the law applicable to the trust*
Sub-paragraph c) *– The State with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings*

Article 12 *– Exclusive jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5
Paragraph 6

Article 13 *– Provisional and protective measures*

Définition des mesures provisoires et conservatoires
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 14 *– Pluralité de défendeurs*
Paragraphe 1
Paragraphe 2

Article 15 *– Demandes reconventionnelles*

Article 16 *– Appel en garantie et intervention*
Paragraphes 1 et 2

Article 17 *– Compétence fondée sur le droit national*

Article 18 *– Compétences interdites*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– Présence ou saisie de biens du défendeur*

Lettre b) *– Nationalité du demandeur*
Lettre c) *– Nationalité du défendeur*
Lettre d) *– Domicile, résidence habituelle ou temporaire, ou présence du demandeur*
Lettre e) *– Poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur*
Lettre f) *– Assignation délivrée au défendeur*

Lettre g) *– Désignation unilatérale du tribunal par le demandeur*
Lettre h) *– Procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement*
Lettre i) *– Résidence temporaire ou présence du défendeur*
Lettre j) *– Lieu de signature du contrat dont dérive le litige*
Paragraphe 3

Article 19 *– Autorité du tribunal saisi*

Article 20
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 21 *– Litispendance*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5
Paragraphe 6
Paragraphe 7

Article 22 *– Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Lettre c)
Lettre d)
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 *– Définition du terme « jugement »*
Lettre a)
Lettre b)

Article 24 *– Jugements exclus du chapitre III*

Article 25 *– Jugements reconnus ou exécutés*
Paragraphe 1
Paragraphe 2 – Reconnaissance
Paragraphe 3 – Exécution
Charge de la preuve

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

Article 27 *– Vérification de la compétence*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 28 *– Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Litispendance*
Lettre b) *– Jugements inconciliables*
Lettre c) *– Incompatibilité avec les principes fondamentaux de procédure*
Lettre d) *– Défaut de notification*
(i) – Notification au défendeur
(ii) – Notification en temps utile
Lettre e)
Lettre f) *– Ordre public*
Paragraphe 2 – Révision au fond

Article 29 *– Pièces à produire*
Paragraphes 1 à 3

Article 30 *– Procédure*

Article 31 *– Frais de procédure*

Article 32 *– Aide judiciaire*

Article 33 *– Dommages et intérêts*
Paragraphe 1 – Dommages et intérêts non compensatoires
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Paragraphe 3

Article 34 *– Divisibilité*

Article 35 *– Actes authentiques*
Paragraphes 1 à 3

Article 36 *– Transactions*

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 *– Rapport avec d'autres Conventions*

Article 38 *– Interprétation uniforme*

Article 39

Article 40

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 41 *– Clause fédérale*
1 Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non toutes les unités territoriales constituant un État donné
2 Clause de répartition
3 Référence à la loi interne de l'État contractant

Rapport Nygh/Pocar

Definition of provisional and protective measures
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 14 *– Multiple defendants*
Paragraph 1
Paragraph 2

Article 15 *– Counter-claims*

Article 16 *– Third party claims*
Paragraphs 1 and 2

Article 17 *– Jurisdiction based on national law*

Article 18 *– Prohibited grounds of jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– The presence or seizure of property belonging to the defendant*
Sub-paragraph b) *– The nationality of the plaintiff*
Sub-paragraph c) *– The nationality of the defendant*
Sub-paragraph d) *– The domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff*
Sub-paragraph e) *– The carrying on of commercial or other activities by the defendant*
Sub-paragraph f) *– The service of a writ upon the defendant*
Sub-paragraph g) *– The unilateral designation of the forum by the plaintiff*
Sub-paragraph h) *– Proceedings for a declaration of enforceability, registration or enforcement of a judgment*
Sub-paragraph i) *– Temporary residence or presence of the defendant*
Sub-paragraph j) *– The place of signature of the contract from which the dispute arises*
Paragraph 3

Article 19 *– Authority of the court seised*

Article 20
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 21 – Lis pendens
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5
Paragraph 6
Paragraph 7

Article 22 *– Exceptional circumstances for declining jurisdiction*

Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Sub-paragraph c)
Sub-paragraph d)
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 *– Definition of "judgment"*
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)

Article 24 *– Judgments excluded from Chapter III*

Article 25 *– Judgments to be recognised or enforced*
Paragraph 1
Paragraph 2 – Recognition
Paragraph 3 – Enforcement
Onus of proof

Article 26 *– Judgments not to be recognised or enforced*

Article 27 *– Verification of jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 28 *– Grounds for refusal of recognition or enforcement*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) – Lis alibi pendens
Sub-paragraph b) *– Inconsistent judgments*
Sub-paragraph c) *– Incompatibility with fundamental principles of procedure*
Sub-paragraph d) *– Lack of notice*
(i) – Notification to the defendant
(ii) – Notification in sufficient time
Sub-paragraph e)
Sub-paragraph f) *– Public policy*
Paragraph 2 – Review of the merits

Article 29 *– Documents to be produced*
Paragraphs 1 to 3

Article 30 *– Procedure*

Article 31 *– Costs of proceedings*

Article 32 *– Legal aid*

Article 33 *– Damages*
Paragraph 1 – Non-compensatory damages
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Paragraph 3

Article 34 *– Severability*

Article 35 *– Authentic instruments*
Paragraphs 1 to 3

Article 36 *– Settlements*

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 *– Relationship with other Conventions*

Article 38 *– Uniform interpretation*

Article 39

Article 40

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 41 *– Federal clause*
1 The form of the clause permitting ratification for some but not all of the territorial units constituting a particular State
2 A distributive clause
3 A reference to the internal law of a Contracting State

Nygh/Pocar Report

INTRODUCTION

1 Le 19 octobre 1996, les États représentés à la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé ont pris la Décision « d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale »[1].

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

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

4 La Commission spéciale a désigné comme Président T. Bradbrooke Smith, expert du Canada ; comme Vice-présidents Andreas Bucher, expert de la Suisse, Masato Dogauchi, expert du Japon, Jeffrey D. Kovar, expert des États-Unis d'Amérique et José-Luis Siqueiros, expert du Mexique ; et comme co-Rapporteurs Peter Nygh, expert de l'Australie et Fausto Pocar, expert de l'Italie.

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

– « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 7 d'avril 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome) ;

– « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997, ci-dessus p. 80 du présent tome) ;

– « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 9 de juillet 1998, ci-dessus p. 108 du présent tome) ;

– « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé » (Doc. prél. No 10 d'octobre 1998, ci-dessus p. 144 du présent tome).

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

CADRE GÉNÉRAL ET NATURE DE LA CONVENTION

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

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

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

[1] Acte final de la Dix-huitième session, partie B, Décision 1, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 28 à 56, à la p. 46.
[2] Pour une analyse des raisons de cet insuccès, voir C. Kessedjian, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 7 d'avril 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome.
[3] « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 1 d'août 1994, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 62 à 68 ; « Conclusions de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 12 d'août 1996, *ibid.*, p. 184 à 194.
[4] Par « chef de compétence obligatoire » on entend un chef de compétence que les États parties à la Convention doivent mettre à la disposition des plaideurs.
[5] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif sur la Convention Exécution de 1971, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966). Exécution des jugements*, p. 359 à 388, § 3, à la p. 365.

INTRODUCTION

1 On 19 October 1996, the States represented at the Eighteenth Session of the Hague Conference on Private International Law decided: "to include in the Agenda of the Nineteenth Session the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters".[1]

2 This decision was preceded by work done in the Conference in previous years, subsequent to a Decision by its Seventeenth Session to request the Secretary General to convene a Special Commission to study the problems raised by the preparation of a new Convention on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, to replace the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "1971 Enforcement Convention") which had not been entirely successful.[2] The Special Commission held two meetings, from 20 to 24 June 1994 and from 4 to 7 June 1996, at which it considered several aspects of the subject[3] and proposed including it in the future programme of work of the Conference.

3 In accordance with the Decision of the Eighteenth Session of the Conference, the Permanent Bureau established a Special Commission which held five meetings: 17 to 27 June 1997, 3 to 13 March 1998, 10 to 20 November 1998, 7 to 18 June 1999 and 25 to 30 October 1999.

4 The Special Commission appointed as Chair T. Bradbrooke Smith, expert from Canada; as Vice-Chairs Andreas Bucher, expert from Switzerland, Masato Dogauchi, expert from Japan, Jeffrey D. Kovar, expert from the United States of America and José-Luis Siqueiros, expert from Mexico; and as co-Reporters Peter Nygh, expert from Australia, and Fausto Pocar, expert from Italy.

5 The work of the Special Commission was greatly facilitated by the following excellent Preliminary Documents, drawn up by Madame Catherine Kessedjian, Deputy Secretary General:

– "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 7 of April 1997, *supra* p. 13 of this tome);

– "Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 8 of November 1997, *supra* p. 81 of this tome);

– "Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 9 of July 1998, *supra* p. 109 of this tome);

– "Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law" (Prel. Doc. No 10 of October 1998, *supra* p. 145 of this tome).

6 This Report deals with the **preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**, which was adopted by the Special Commission at the end of its Fifth Meeting on 30 October 1999, and is to be submitted to the Diplomatic Session (Nineteenth Session).

GENERAL FRAMEWORK AND NATURE OF THE CONVENTION

7 Traditionally, in drafting a convention on the recognition and enforcement of judgments a decision has to be made on whether it should be framed as a "double convention" or as a "single convention". In a "double convention" both the jurisdiction which the courts of Contracting States are permitted to exercise is regulated as well as the conditions upon which such judgments are to be recognised. If the list of required jurisdictions[4] is "closed", that is to say, exhaustive, parties can be assured that not only will all judgments rendered in the exercise of the required list of jurisdictions be recognised, subject to reservations based on public policy, due process and inconsistency of judgments, but that the exercise of jurisdiction on any other basis will not be recognised in other Contracting States. Such a convention has the advantage of predictability and relative simplicity, but it requires a high degree of consensus on what the required grounds of jurisdiction ought to be. It also requires Contracting States to change their national laws relating to international jurisdiction in accordance with the provisions of the convention. The obligations facing Contracting States can therefore be substantial.

8 For that reason, most international agreements and conventions in this area are framed as "single conventions". In a "single convention" the jurisdiction of Contracting States is only dealt with indirectly, that is to say, as a condition for the recognition of judgments. Contracting States remain free to exercise jurisdiction on other grounds in accordance with their national laws which do not require any change. Such a convention is rightly described as "imperfect", because it does not prevent the exercise of exorbitant grounds of jurisdiction which are as much a hindrance to international commerce as the uncertainty about recognition and enforcement of judgments. The 1971 Enforcement Convention is essentially a "single convention", even if, in the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* attached thereto, recognition of judgments based on the exercise of certain listed "exorbitant jurisdictions" is prohibited.[5]

9 Between the Member States of the European Union the *Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "Brussels Convention") is applicable. It is accompanied by the largely identical *Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "Lugano Convention") which applies to the relationship between Member States of the European Union and certain contiguous States. Both Conventions

[1] Final Act of the Eighteenth Session, Part B, Decision 1, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 29-56, at p. 47.
[2] The reasons are explained by C. Kessedjian, in "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Prel. Doc. No 7 of April 1997, *supra* p. 13 of this tome.
[3] "Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 1 of August 1994, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 63-69; "Conclusions of the second Special Commission meeting on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 12 of August 1996, *ibid.*, pp. 185-195.
[4] By "required jurisdiction", we mean jurisdictional grounds which Contracting States are obliged to provide to potential litigants.
[5] See C.N. Fragistas, Explanatory Report on the 1971 Enforcement Convention, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, pp. 359-388, §3 at p. 365.

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

10 Une autre « convention double », quoique limitée à une question particulière, est la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*. Cette Convention réglemente de manière exhaustive les compétences susceptibles d'être mises en œuvre par les autorités d'un État contractant pour statuer à l'égard d'un enfant, même résident dans un État non contractant. Dans cette mesure, il s'agit d'une « convention fermée », sans aucune marge de manœuvre pour les États parties.

11 Le Groupe de travail qui s'est réuni en octobre 1992 a reconnu qu'une « convention simple » sur le modèle de la Convention Exécution de 1971 ne répondrait pas aux besoins d'aujourd'hui. Il s'est prononcé en faveur d'une « forme se rapprochant de la convention double », comme la Convention de Bruxelles de 1968. Cela étant, le Groupe a estimé qu'une « convention double complète » comme les Conventions de Bruxelles / Lugano serait sans doute « trop ambitieuse ». Pour cette raison, il s'est déclaré favorable à une convention « qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en ayant une plus grande flexibilité que ne le fait une convention du type de Bruxelles / Lugano »[7].

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

13 La Commission spéciale a accepté les conclusions du Groupe de travail selon lesquelles une « convention simple » ne serait pas utile. Au départ, la Commission spéciale a travaillé dans l'optique d'une « convention double », en estimant que tel devait être son objectif, si un tel résultat était possible. Toutefois, à sa réunion de juin 1999, la Commission a décidé qu'une certaine flexibilité devait être autorisée, par le recours au droit national à l'intérieur de certaines limites. Par conséquent, l'article 17 de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 permet l'application de règles de compétence du droit national, sous réserve de l'application des règles relatives aux clauses attributives de juridiction, aux compétences de protection, aux compétences exclusives et aux restrictions concernant les mesures provisoires et conservatoires, ainsi qu'à la condition que l'exercice de cette compétence ne soit pas prohibé par l'article 18. L'article 18(1) interdit l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un État contractant à l'encontre d'un défendeur ayant sa résidence habituelle dans un État contractant lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet État et le litige. L'article 18(2) donne une liste exemplative des compétences prohibées. L'article 24 exclut les jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit national du bénéfice du chapitre III de l'avant-projet de Convention sur la reconnaissance, mais n'empêche pas que la reconnaissance d'un tel jugement ait lieu sur le fondement du droit national. L'article 26 interdit la reconnaissance d'un jugement rendu sur la base d'une compétence prohibée de l'article 18, tant en application du chapitre III qu'en application du droit national.

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

(1) Une liste de compétences obligatoires, qui permettent la reconnaissance et l'exécution du jugement dans les autres États contractants, sous réserve du « *due process* », de l'ordre public et de la nécessité d'éviter les décisions inconciliables ;

(2) Une liste de compétences interdites, qui ne doivent pas être exercées et qui, si elles étaient néanmoins mises en œuvre, interdisent toute possibilité de reconnaissance du jugement qui en résulte ; et

(3) Un ensemble intermédiaire, qui n'entre pas dans les catégories 1 et 2, dans lequel une compétence fondée sur une règle du droit national peut être exercée, et la reconnaissance de la décision qui s'ensuit dépend du droit commun de l'État requis.

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

16 Toutefois, l'avant-projet présente plusieurs différences fondamentales avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano : tout d'abord, comme on l'a signalé, l'avant-projet n'est pas celui d'une « convention double fermée », mais laisse la possibilité d'appliquer des règles de compétence fondées sur le droit national, même entre États contractants.

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

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

[7] « Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements », *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 256 à 262, Nos 3 à 5.

Rapport Nygh/Pocar

are "double conventions" which are "closed", at least in relation to persons domiciled in Contracting States.[6] Whatever jurisdiction is not on the required list is prohibited. The express prohibition of the exercise of certain jurisdictions in Article 3 of the Conventions serves an educational function only.

10 Another "double convention", albeit one limited to a specialised area, is the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. Since it defines exhaustively the jurisdiction which authorities of Contracting States can exercise even as regards children habitually resident in non-Contracting States, it can be seen as a "closed convention", without any margin of manoeuvre for States Parties.

11 The Working Group which met in October 1992 acknowledged that a "single convention" on the pattern of the 1971 Enforcement Convention would fall short of present day needs. It expressed a preference for "an approach in the direction of a 'double' Convention", like the Brussels Convention of 1968. However, the Group felt that "a complete double Convention" of the Brussels / Lugano type would be "overly ambitious". It therefore favoured a Convention "which would offer some of the advantages of a double convention, while at the same time having a greater degree of flexibility than that available with a convention of the Brussels / Lugano type".[7]

12 Thus, a third possibility was created: the so-called "mixed convention". This type of convention follows the pattern of a "double convention" in regulating the jurisdiction of the courts of Contracting States directly and not merely for the purposes of recognition. Any basis of jurisdiction which is on the list of required jurisdictions will suffice for recognition. But, unlike the "double convention" it does not do so exhaustively: it allows the use of jurisdictions based on national law within certain limits. Any judgment based on a jurisdiction within this "grey zone" will not be entitled to recognition under the convention, although it may be recognised under the national law of the State addressed. The limits of the "grey zone" are defined by a list of prohibited jurisdictions which may not be exercised by the courts of a Contracting State, except possibly against those who are habitually resident outside the Contracting States, and on no account may judgments based on the exercise of prohibited jurisdiction in a Contracting State be recognised in another Contracting State. The list of prohibited jurisdictions is therefore an important part of a "mixed convention".

13 The Special Commission has accepted the Working Group's conclusion that a "single convention" would not be useful. At first, the Special Commission proceeded on the basis that a closed "double convention" should be its goal, if that were possible. However, at its meeting in June 1999 the Commission decided that there should be some degree of flexibility permitted in the use of national law within limits. In consequence, Article 17 of the preliminary draft Convention completed by the Special Commission on 30 October 1999 permits the application of rules of jurisdiction under national law, subject to the rules relating to choice of court, protective jurisdiction, exclusive jurisdiction and the restrictions imposed on the exercise of jurisdiction to order protective and provisional measures, and provided that the exercise of jurisdiction is not prohibited by Article 18. Article 18(1) prohibits the exercise of jurisdiction in respect of a defendant who is habitually resident in a Contracting State if there is no substantial connection between that State and the dispute. Article 18(2) lists in a non-exhaustive manner certain bases for jurisdiction the exercise of which is prohibited. Article 24 excludes from recognition under Chapter III of the preliminary draft Convention judgments based on a ground of jurisdiction within the area of permitted national law, but does not exclude the possibility of recognition of such judgments under national law. Article 26 prohibits the recognition of judgments based on a ground of jurisdiction whose application is prohibited by Article 18 both pursuant to Chapter III and under national law.

14 There are therefore three kinds of jurisdiction under the preliminary draft Convention:

(1) a list of required jurisdictions whose judgments are entitled to recognition and enforcement in other Contracting States subject to conditions of due process, public policy and the need to avoid inconsistent judgments;

(2) a list of prohibited jurisdictions which may not be exercised and, if by any ill chance, a judgment is based upon any of them, such judgment shall not be recognised; and

(3) an undefined area, not falling within 1 and 2 above, where jurisdiction pursuant to national law may be exercised and where recognition likewise depends on the national law of the State addressed.

15 It will be obvious from a reading of the provisions that to some extent the preliminary draft Convention has borrowed from the Brussels and Lugano Conventions, including the recent amendments made to those Conventions. In its turn the preparation of the Brussels Convention was greatly influenced by the work of the Hague Conference on Private International Law in drafting the 1971 Enforcement Convention which was completed in 1966. The use of a list of prohibited jurisdictions which first appeared in Article 4 of the Protocol to what later became the 1971 Enforcement Convention is a very good example of this useful process of cross-fertilisation. In some instances the Special Commission was mindful of the jurisprudence of the European Court of Justice in the interpretation of the Brussels Convention, either as indicating what the Commission wished to achieve or as indicating what the Commission wished to avoid. In like manner, consideration was paid to the jurisprudence of national courts both within and outside the European Union.

16 However, the preliminary draft Convention differs in several fundamental aspects from the Brussels and Lugano Conventions: In the first place, as indicated earlier, the preliminary draft Convention is not a "closed double convention", but leaves room for the application of jurisdictions under national law, even as between Contracting States.

17 Secondly, and this flows logically from the first point, there is provision made in respect of prohibited jurisdictions which is not merely educational in purpose, but represents a real restraint on the exercise of jurisdiction under national law.

[6] Since under Art. 4 of both Conventions jurisdiction under national law (including "exorbitant jurisdiction") can be exercised in respect of persons domiciled outside Contracting States, the Conventions are not totally "closed".

[7] See "Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments", *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 257-263, Nos 3-5.

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

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

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

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

21 Le préambule sera rédigé par la Session diplomatique.

CHAPITRE PREMIER — CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier – Champ d'application matériel

Paragraphe 1

22 Le premier paragraphe définit le champ d'application matériel de la Convention. Il dispose que la Convention s'applique «en matière civile et commerciale». Les termes «civile ou commerciale» existent depuis fort longtemps dans les Conventions de La Haye. Ils sont apparus pour la première fois dans les articles premier, 5 et 17 de la *Convention du 14 novembre 1896 relative à la procédure* et ont rapidement donné lieu à une controverse, lorsqu'au cours de la Quatrième session (1904), certains ont voulu les supprimer, en alléguant que l'expression était trop restrictive[8]. Depuis lors, ces termes ont été utilisés dans de nombreuses autres Conventions de La Haye, tout particulièrement dans la *Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* (la «Convention Notification»), et dans la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (la «Convention Obtention des preuves»). Les termes «civile et commerciale» sont aussi utilisés dans la Convention Exécution de 1971. La modification du «ou» en «et» n'implique pas de modification du sens de l'expression. Il n'est certainement pas nécessaire que la matière soit à la fois civile et commerciale: bien que les matières commerciales aient toujours un aspect civil, certaines matières civiles n'ont aucun aspect commercial.

23 Les Conventions Notification et Obtention des preuves ont été largement reçues à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law*. Le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique sont l'un et l'autre Parties à ces deux Conventions. Dans la tradition de la Conférence de La Haye, qui remonte à 1896, les termes «civile ou commerciale» n'ont été définis dans aucune des Conventions précédentes. De la même façon, les termes «civile et commerciale» n'ont pas non plus été définis dans le présent avant-projet de Convention. Dans les pays de tradition romano-germanique, l'expression «civile et commerciale» exclut les questions de droit public, même si la définition précise peut varier selon les pays[9]. Sur la question de la définition des termes «civile et commerciale» dans l'article premier de la Convention de Bruxelles, le Rapport Schlosser explique que ces termes ne sont pas des termes de l'art dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni ou la République d'Irlande, et qu'ils peuvent être interprétés de plusieurs manières[10]. Dans le sens le plus large, seules sont exclues les questions de droit pénal. Dans cette interprétation, sont en revanche incluses les questions de droit constitutionnel, de droit administratif, de droit fiscal, qui relèvent de la «matière civile»[11]. Il est clair que telle n'est pas l'intention des rédacteurs de l'avant-projet, qui, dans la seconde phrase du paragraphe 1, expliquent que les matières fiscales, douanières et administratives n'entrent pas dans la définition des «matières civiles et commerciales». Comme le fait apparaître l'utilisation du terme «notamment», l'énumération n'est pas exhaustive et comprend d'autres questions de droit public, comme les questions de droit constitutionnel. Mais l'étendue de la définition des termes «matières administratives» est toutefois un peu réduite par l'article 1(3), qui dispose clairement qu'une question ne relève pas automatiquement de la matière administrative du seul fait qu'un gouvernement ou une agence gouvernementale est partie au litige.

24 Du fait de cette clarification, il devrait être possible d'arriver à une interprétation autonome et uniforme des termes «civile et commerciale», ce qui est d'une grande importance, puisque, par définition, au moins deux États sont impliqués: l'État dans lequel la compétence a été exercée au départ, et l'État requis pour la reconnaissance ou l'exécution. Si aucune définition autonome n'est atteinte, trois voies sont possibles: (i) adopter les définitions de l'État d'origine; (ii) appliquer les définitions de l'État requis; (iii) appliquer cumulative-

[8] Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes*, 4e session, p. 84.

[9] R. Geimer et R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Munich, C.H. Beck, 1983, Band I, para. 19, V et VI.

[10] P. Schlosser, Rapport sur la *Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au Protocole concernant son interprétation par la Cour de justice*, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 71 à 151, à la p. 83. Voir aussi G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3e éd., La Haye / Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 896.

[11] Pour l'application de la Convention Obtention des preuves: *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723.

18 Thirdly, as more fully explained in relation to Article 3 below, jurisdiction under the preliminary draft Convention does not proceed on the assumption that there exists a fundamental jurisdiction based on the domicile of the defendant with the result that all other jurisdictions must be seen as exceptions which must be narrowly interpreted. Instead the preliminary draft Convention proceeds on the basis that there is no hierarchy of jurisdictions.

19 Fourthly, it should be remembered throughout that the preliminary draft Convention is not designed for a group of contiguous States sharing similar social, economic and political objectives. It is intended as a worldwide Convention. This is reflected in important differences such as the need for a greater control by the court addressed over the exercise of jurisdiction in the court of origin. But it permeates the preliminary draft Convention in a general sense leading to a difference not only in terminology, but also in a more flexible approach. This is, for instance, illustrated in the greater flexibility permitted in Article 21 relating to *lis pendens* and the existence of a provision for declining jurisdiction in Article 22 which is lacking in the Brussels Convention even after its revision.

20 Finally, the preliminary draft Convention will not have the benefit of a uniform interpretation by a common court. Although it will contain provisions encouraging a uniform application, ultimately the highest national courts will be the arbiters of the Convention. Nor will the jurisprudence of the European Court of Justice be necessarily relevant, even where the provisions are similar. Reference will from time to time be made in this Report to decisions by the European Court of Justice and of other courts in order to illustrate the issues and problems the Special Commission had in mind. In that respect only may it sometimes be helpful to refer to those decisions as a matter of historical development of the preliminary draft Convention.

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY ON THE CONVENTION

Preamble

21 The Preamble will have to be determined at the Diplomatic Session.

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 – Substantive scope

Paragraph 1

22 The first paragraph defines the substantive scope of the Convention. As it states, the Convention applies to "civil and commercial matters". The term "civil or commercial matters" has a long history in Hague Conventions. The term appeared for the first time in Articles 1, 5 and 17 of the Convention of 14 November 1896 on Civil Procedure (*relative à la procédure*) and almost immediately attracted controversy when attempts were made during the Fourth Session in 1904 to delete it on the ground that it was too restrictive.[8] Since then the term has been used in a number of other Hague Conventions, most notably, the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* (the "Service Convention") and the *Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (the "Evidence Convention"). The term "civil and commercial" is also used in the 1971 Enforcement Convention. No substantive change should be implied from the use of the conjunctive "and" instead of the disjunctive "or". It certainly is not intended that the matter should have both a civil and a commercial character. While commercial matters will always have a civil character, there are civil matters which are not commercial.

23 The Service and Evidence Conventions have received widespread acceptance both in common law and civil law countries. The United States of America and the United Kingdom are each Parties to both Conventions. In accordance with the tradition of the Hague Conference dating back to 1896 the term "civil or commercial" has not been defined in any of the earlier Conventions. Nor has "civil and commercial" been defined in the present preliminary draft Convention. In civil law countries the term "civil and commercial" would exclude matters of public law, although the exact definition may vary from country to country.[9] As explained in the Schlosser Report with regard to the use of "civil and commercial" in Article 1 of the Brussels Convention, the expressions "civil matters" or "civil law" are not technical terms in common law countries such as England and the Republic of Ireland and can have more than one meaning.[10] In the widest sense they exclude only criminal law. On that basis, constitutional law, administrative law and tax law are included in the description of "civil matters".[11] This is clearly not the intention of the preliminary draft Convention which in the second sentence of paragraph 1 explains that matters of a revenue, customs or administrative nature are not to be regarded as falling within the scope of "civil and commercial matters". As indicated by the words "in particular", this enumeration is not exhaustive and includes other matters of public law such as constitutional matters. The scope of the term "administrative matters" is reduced to some extent by Article 1(3) which makes it clear that a matter is not necessarily of an administrative character because a government or governmental instrumentality is a party to the proceedings.

24 Because of this clarification, it should be possible to arrive at an autonomous and uniform interpretation of the term "civil and commercial" which is important since by definition at least two States will be involved: the State of original jurisdiction and the State which is addressed in seeking recognition or enforcement If there is no autonomous definition, the alternatives are: (i) to accept the definition of the State of origin; (ii) to apply the definition of the State addressed; and

[8] See Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes*, 4e session, at p. 84.

[9] See R. Geimer and R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Munich, C.H. Beck, 1983, Band I, §19, V and VI.

[10] P. Schlosser, Report on the *Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 71-151, at p. 83. See also, G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3rd ed., The Hague / Boston, Kluwer Law International, 1996, at p. 896.

[11] See, in relation to the Evidence Convention: *Re State of Norway's Application* [1990] 1 *AC* 723.

ment les deux définitions, en vérifiant que le litige en cause entre bien dans la définition retenue par chacun des États[12].

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

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

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

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

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

Paragraphe 2

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

Lettre a)

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

[12] J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, para. 60.2.4. L'application cumulative a été mise en œuvre par la Chambre des Lords dans la décision *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723. Voir aussi, sur la Convention Obtention des preuves, l'analyse similaire faite par le *Hoge Raad*: HR, 21 février 1986, *NIPR* 1986 NO 337; *NJ* 1987 149, dont un résumé figure dans: M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 113.

[13] *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification de La Haye*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992, p. 34.

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

[15] Sur l'application de la Convention Notification, voir la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 7 décembre 1994 – 1 *BvR* 1249/94; NJW 1995, 649; RIW 1995, 320, dont un résumé figure dans: M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, 359. Adde: OLG München, 9 mai 1989; 9VA 3/89; *IPRax* 1990. 175, note R. Stürner dont un résumé figure dans M. Sumampouw (dir.) (*ibid.*), 352. Adde: *infra* art. 32(1).

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

[17] Voir C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), § 4 III 2 (a), p. 367.

(iii) to apply a cumulative test requiring the proceedings in question to meet the definitions of each State.[12]

25 The principles to be followed in interpreting the words "civil or commercial" in the Service and Evidence Conventions were considered by a Special Commission convened in 1989. It adopted the following Conclusions concerning the "scope of the two Conventions as to their subject-matter":

> "a The Commission considered it desirable that the words 'civil or commercial matters' should be interpreted in an autonomous manner, without reference exclusively either to the law of the requesting State or to the law of the requested State, or to both laws cumulatively.
>
> b In the 'grey area' between private and public law, the historical evolution would suggest the possibility of a more liberal interpretation of these words. In particular, it was accepted that matters such as bankruptcy, insurance and employment might fall within the scope of this concept.
>
> c In contrast, other matters considered by most of the States to fall within public law, for example tax matters, would not yet seem to be covered by the Conventions as a result of this evolution.
>
> d However, nothing prevents States Party from applying the Conventions in their mutual relations to matters of public law, though not necessarily in an identical manner for both Conventions."[13]

26 It is obvious that at least the first three of these Conclusions have a direct relevance to the interpretation of the term "civil and commercial matters" in the preliminary draft Convention.

27 It should be noted that the scope of the preliminary draft Convention is defined in terms of "matters", not "courts". Consequently, the characterisation of the matter as civil and commercial should depend on the nature of the claim and not necessarily on the character of the court in which the action was brought, be it civil, commercial, penal or administrative. In particular, civil claims for compensation for victims of crime brought by them or on their behalf in conjunction with criminal proceedings should not for that reason be denied a civil character.[14] Likewise, the fact that the damages awarded are exemplary or punitive does not deprive the proceedings of a civil or commercial character, as long as the benefit of those damages goes to the plaintiff and not to the State.[15] Article 1(3), which will be discussed below, also indicates that the fact that a government or government instrumentality is a party to the dispute does not by itself deprive that dispute from a civil or commercial character, even though under the law of some States the participation of a governmental body may be sufficient to give the proceedings an administrative character.

28 There was a consensus in the Special Commission that the application of the Convention should be confined to proceedings in "courts", that is to say, bodies exercising the judicial power of the State. This appears from the definition of the territorial scope in Article 2 and of "judgment" in Article 23. The Convention will apply to courts at all levels of jurisdiction.

Paragraph 2

29 The second paragraph excludes from the scope of the Convention certain other matters despite their civil or commercial nature. They are excluded either because they are dealt with by other Conventions, be they those of the Hague Conference, such as most family law issues, or of the United Nations, such as commercial arbitration. Other matters are excluded because they may be seen as very specialised, such as insolvency or maritime matters, and best dealt with by specific international arrangements, or as closely intertwined with issues of public law, such as social security.

Sub-paragraph a)

30 This sub-paragraph excludes the status and legal capacity of natural persons. It was the intention of the Special Commission that family law matters should be generally excluded from the scope of the Convention, particularly in view of the many Hague Conventions already operating in this area.[16] In the light of this policy the words "status and legal capacity" should be interpreted broadly even if this has a wider effect than may be immediately obvious under some legal systems. There will be little doubt that actions for the validity, voidability and nullity of marriages and legal separations, the dissolution and annulment of marriages, concerning the beginning and end of legal personality, the declaration or presumption of the death of a person, paternity and affiliation, concerning the name of a person and the adoption of children, all raise matters of status and are hence excluded.[17] So, too, are proceedings affecting the status and capacity of minors and of mentally or physically incapable persons to enter into legal transactions such as contracts or the making of wills. Less obvious, at least in common law jurisdictions, is the exclusion of proceedings concerning the care, custody and control of, and access to, children whether as part of divorce or other proceedings,

[12] See J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3rd ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, §60 II.4. The cumulative test was applied by the House of Lords in *Re State of Norway's Application* [1990] 1 *AC* 723. See the similar comments in relation to the Evidence Convention made by the Netherlands *Hoge Raad* in HR, 21 February 1986, *NIPR* 1986 No 337; *NJ* 1987 149, abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 113.

[13] *Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention*, 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992, at p. 30.

[14] For examples of relevant provisions in national laws, see J.A. Jolowicz, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, Tübingen, Mohr, 1983, Ch. 13, Procedural Questions, s. 5. Even apart from the Convention common law courts have recognised such orders for compensation: *Raulin v. Fischer* [1911] 2 *KB* 93. The court awarding compensation, however, must have exercised jurisdiction in circumstances which entitle the judgment to recognition under Chapter III of the Convention (contrast Brussels Convention Art. 5 (4)).

[15] See in relation to the Service Convention the decision of the German Constitutional Court of 7 December 1994 – 1 *BvR* 1249/94; NJW 1995, 649; RIW 1995, 320, abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, at p. 359. See also: OLG München of 9 May 1989; 9VA 3/89; *IPRax* 1990, 175 note by R. Stürner, abstracted in M. Sumampouw (ed.) (*ibid.*), at p. 352. See further, Art. 32(1) *infra*.

[16] See: Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children; Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children; Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors; *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*; *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*; *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*; *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*; *Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*; *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*; *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*; *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*; *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*; *Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*. All but the last two Conventions are in force.

[17] See C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), §4 III.2(a) at p. 367.

mariés[18]. Quoi qu'il en soit, les experts des pays de tradition romano-germanique ont considéré que ces questions seraient exclues du fait de cette formulation, et qu'une telle exclusion était en accord avec la politique générale décrite ci-dessus.

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

Lettre b)

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

Lettre c)

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

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

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

Lettre d)

36 Cette disposition exclut les testaments et successions du champ d'application de la Convention. Ici encore, il s'agit d'une matière que la Conférence de La Haye a déjà eu l'occasion d'aborder par le passé[24]. Bien que l'utilisation du terme « testaments » puisse semb ler superflu à certains, il permet de rendre explicite l'exclusion de la Convention des questions de validité formelle ou matérielle de toutes les dispositions prises par une personne en prévision de son décès. Pour les besoins de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, son Rapporteur a proposé une définition du terme « succession » qui était la suivante :

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

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

[18] Comp. l'analyse par P. Schlosser (*op. cit.* note 10), p. 89, de la formule similaire utilisée par l'art. 1, para. 1, de la Convention de Bruxelles.
[19] Voir infra art. 12(2).
[20] Voir par exemple, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, *De Cavel c. De Cavel* (No 2), *Rec.* 1980, p. 731.
[21] Voir le Rapport de la Commission spéciale établi par M. Alfred E. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome II, *Régimes matrimoniaux*, p. 138 à 178, à la p. 138, § 1.
[22] Pour une vue d'ensemble sur les lois en matière de concubinage en 1986, voir P. Striewe, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Cologne, C. Heymanns, 1986. Pour une étude récente des partenariats enregistrés, voir C. Forder et S.H. Lombardo, *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, La Haye, Ministère de la Justice, 1999. Dans certains pays, les dispositions sur le concubinage ont été étendues pour inclure les relations entre personnes du même sexe, par exemple De Facto Relationships Amendment Act 1999 (NSW – Australie).
[23] Comp. l'addition des termes « ou d'une relation analogue » dans l'art. 4(1) *c)* de la Convention Protection des enfants de 1996.
[24] *Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires* ; *Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* ; *Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* (qui n'est pas encore en vigueur).
[25] D.W.M. Waters, Rapport explicatif sur la Convention Successions de 1989, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome II, *Successions – loi applicable*, p. 526 à 616, à la p. 536, No 28.
[26] Convention Successions de 1989, art. 7(2) *a)*.
[27] Voir *infra* art. 11(1).

Rapport Nygh/Pocar

and whether or not the parents are married to each other.[18] Nevertheless, it was the view of experts from civil law jurisdictions that these matters would be excluded under this heading and this will be in accordance with the general policy referred to above.

31 It should be stressed that the exclusion only applies to proceedings which have as their main object one of the excluded matters. It should not be possible to exclude the application of the Convention merely by raising the validity of a marriage or the capacity of a minor to enter into a contract as an incidental matter. Furthermore, the exclusion only relates to the status and capacity of individual persons. Issues affecting the status and validity of legal persons and the competence of their organs fall within the scope of the Convention.[19]

Sub-paragraph b)

32 This sub-paragraph excludes maintenance obligations from the scope of the Convention. The topic has been the subject of several Hague Conventions and may be studied again in the next quadrennium. Because both maintenance obligations and matrimonial property claims are excluded from the scope of the Convention, the problems of drawing an exact boundary between them which has arisen in relation to other Conventions will not be relevant here.[20]

Sub-paragraph c)

33 This sub-paragraph excludes matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships from the scope of the Convention. Although the term "matrimonial property regime" is commonly associated with the various forms of community property found in most civil law, and in some common law, systems, the description is equally applicable to the system of separate property of the spouses which is the norm in most common law countries.[21] It refers to the rights in property which the spouses may have as a result of the matrimonial relationship, including rights in respect of the matrimonial residence provided for under the law of many countries. The addition of the words "and other rights and obligations arising out of marriage" makes it clear that claims for the adjustment of property rights between spouses as a result of their marital relationship which may arise either by virtue of the unwritten law or principles of equity, or by authority of a statute, are also excluded from the Convention.

34 In an increasing number of countries provision is made with respect to the property rights of cohabitees (persons of the opposite sex who cohabit without marriage) and with respect to registered partnerships between persons of the same sex.[22] Often those rights approximate, or even assimilate, those existing between married persons. The words "or similar relationships" have been added to make it clear that those rights and obligations are also excluded from the scope of the Convention.[23]

35 Whatever view is taken, it must be clear that claims are not necessarily excluded merely because they arise between parties to a marriage or marriage-like relationship. A claim arising under the general law of contract, tort or delict, or property is not excluded because it is made in a dispute between husband and wife. Such a claim does not fall within the description of the sub-paragraph.

Sub-paragraph d)

36 This sub-paragraph excludes wills and succession from the scope of the Convention. Again this is an area where the Hague Conference has been active in the past.[24] Although the use of the word "wills" may be seen by some as superfluous, its use clarifies that matters concerning the form and material validity of dispositions upon death are excluded from the Convention. For the purposes of the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*, its Reporter put forward a definition of the term "succession", as follows:

> "For the purposes of the Convention it would appear to include (1) a 'disposition of property upon death' [...], *i.e.*, a voluntary act of transfer whether in testamentary form or that of an agreement as to succession, and (2) the transfer of property upon death that occurs by provision of law, when (a) there is no such voluntary act, or (b) the voluntary act is wholly or partly invalid, or (c) the law compels the distribution of assets belonging to the deceased to family members."[25]

37 This definition will be useful in indicating the core of the concept in the preliminary draft Convention. Other matters covered by the term are "provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased"[26] whether family members or not. In relation to trusts created by testamentary disposition, disputes concerning the validity and interpretation of the will creating the trust are excluded from the Convention. Subject to this, however, proceedings concerning the effects, administration or variation of the trust between trustees and beneficiaries,[27] or disputes between the administrators of the trust and third parties, are included within the scope of the Convention. Not all dispositions which are conditioned upon the death of a person fall within the scope of succession rights. Examples are the common law institution of joint tenancy where the survivor of the joint tenants automatically has the entire interest vested in him or her, or the life tenancy or usufruct which terminates upon death of the beneficiary. Disputes concerning those rights are not excluded from the Convention.

[18] Compare the discussion by P. Schlosser (*op. cit.* note 10), at p. 89, of the similar formula in Art. 1, para. 1, of the Brussels Convention.
[19] See Art. 12(2) *infra*.
[20] See, *e.g.*, *De Cavel v. De Cavel* (No2) [1980] *ECR*, p. 731 in relation to the Brussels Convention.
[21] See the Report of the Special Commission by Alfred E. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, Tome II, *Matrimonial property regimes*, pp. 138-178, at p. 138, §1.
[22] For a thorough overview of cohabitation laws as at 1986, see P. Striewe, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Cologne, C. Heymanns, 1986. For a recent review of registered partnership laws, see C. Forder and S.H. Lombardo, *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, The Hague, Ministry of Justice, 1999. In some countries the cohabitation legislation has been extended to include same sex relationships, see, *e.g.*, De Facto Relationships Amendment Act 1999 (NSW – Australia).
[23] Compare the addition of the words "or any similar relationship" in Art. 4(1) *c)* of the 1996 Child Protection Convention.
[24] See *Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*; *Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*; *Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons* (not yet in force).
[25] D.W.M. Waters, Explanatory Report on the 1989 Succession to Estates Convention, *Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, Tome II, *Succession to estates – applicable law*, pp. 527-617, at p. 537, No 28.
[26] See the 1989 Succession to Estates Convention, Art. 7(2) *a)*.
[27] See Art. 11(1) *infra*.

Lettre e)

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

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

Lettre f)

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

Lettre g)

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

Lettre h)

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

Paragraphe 3

43 Ce paragraphe vise à rendre plus clairs les termes « matière civile et commerciale ». La qualification d'un litige ne peut pas dépendre simplement du fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie. Lors de la réunion de la Commission spéciale d'octobre 1999, une délégation, dans le Document de travail No 286, a expliqué que, selon elle, la Convention avait vocation à s'appliquer dans les litiges impliquant l'État, si le litige en cause réunissait les conditions essentielles suivantes :

– les faits sur lesquels est fondée la demande sont des faits qu'une personne privée aurait pu commettre ;

– le dommage invoqué est un dommage qu'une personne privée aurait pu subir ;

– la réparation recherchée aurait pu être demandée par une personne privée visant à obtenir dédommagement pour un préjudice identique, résultant des mêmes faits.

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

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

Paragraphe 4

46 Certaines inquiétudes ont pu être soulevées au cours de la Commission spéciale, liées au risque que le paragraphe 3 puisse être interprété de telle sorte qu'il affecterait les privilèges et immunités étatiques reconnus en droit national ou international. Telle n'était certainement pas l'intention des rédacteurs du paragraphe 3, qui souhaitaient simplement rendre sans consé-

[28] Voir Supreme Court Act 1981 (Royaume-Uni), s. 20 et, aux États-Unis d'Amérique, *Carnival Cruise Lines c. Shute* 499 US 585 (1991).

Sub-paragraph e)

38 This sub-paragraph excludes insolvency, composition or analogous proceedings from the scope of the Convention. The term "insolvency" covers, of course, both the bankruptcy of individual persons as well as the winding-up or liquidation of corporate entities which are insolvent, in those countries which still distinguish between those processes. It does not matter whether the process is initiated or carried out by creditors or by the insolvent person or entity itself with or without the involvement of a court. The term "insolvency" does not cover the winding-up or liquidation of corporate entities for reasons other than insolvency.

39 The term "composition" refers to procedures whereby the debtor may enter into agreements with creditors in respect of a moratorium on the payment of debts or on the discharge of those debts. The term "analogous proceedings" covers a broad range of other methods whereby insolvent persons or entities can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Federal Bankruptcy Code and Part II of the United Kingdom Insolvency Act 1986.

Sub-paragraph f)

40 In many countries the law relating to social security would normally be regarded as part of administrative law and for that reason alone as falling outside the scope of the Convention. But in so far as social security may be viewed as being of a private law nature, it is also excluded.

Sub-paragraph g)

41 This sub-paragraph excludes arbitration and proceedings related thereto from the scope of the Convention. There was general agreement in the Special Commission that the Convention should not interfere with the operation of international Conventions on the subject, the most important of which is the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* adopted in New York on 10 June 1958. There was some discussion in the Special Commission as to how the Convention should deal with the interaction between arbitration and judicial proceedings. However, the addition of the words "and proceedings related thereto" means that the exclusion of arbitral proceedings must be interpreted in the widest sense. Not only does the Convention not apply to the enforcement of arbitral awards but any proceedings relating to such matters as the appointment of arbitrators, the validity of the arbitral clause, points of law referred to a court in the course of arbitration and any other proceedings whereby a court may give assistance to the arbitral process are also excluded.

Sub-paragraph h)

42 This sub-paragraph excludes admiralty or maritime matters from the scope of the Convention. Although no equivalent term to "admiralty" appears in the French text, it is understood that the words "*les matières maritimes*" include what in Anglo-American law is known as "admiralty". Because of the highly specialised nature of the subject and the fact that not all States have adopted the relevant international Conventions, the Commission decided to exclude the subject from the scope of the Convention. The effect is that the Convention will not apply to claims arising in relation to ships, cargoes and the employment of seamen, including claims arising out of the defective condition or operation of a ship or arising out of a contract for the hire of a ship, or for the carriage of goods or passengers on a ship.[28] These matters will be governed by national law of the State whose court is seised, including any international Convention to which that State is a Party.

Paragraph 3

43 This paragraph further clarifies the meaning of "civil and commercial matters". The characterisation of the claim cannot be made to depend merely on whether a government, a governmental agency or any other person acting for the State is a party. One delegation at the Special Commission meeting of October 1999, in Working Document No 286, stated as its understanding that the Convention will apply to disputes involving government parties, if the dispute contains the following core criteria:

– the conduct upon which the claim is based is conduct in which a private person can engage;

– the injury alleged is injury which can be sustained by a private person;

– the relief requested is of a type available to private persons seeking a remedy for the same injury as the result of the same conduct.

44 Although the exact limits can never be exhaustively defined, we agree that these are the core criteria for determining whether a dispute involving government parties falls within the scope of "civil and commercial matters". As indicated earlier, the quality of "civil and commercial" is not affected by the nature of the court in which the action is brought, be it a criminal or an administrative court.

45 Conversely, actions which are brought by or against governmental bodies which seek to enforce compliance or to prevent non-compliance with public regulations, as opposed to obligations arising from a contractual relationship or other obligations imposed by the general law of tort or delict, are obviously not within the scope of "civil and commercial matters". However, this does not exclude the possibility that a claim which is of a civil or commercial nature may arise in conjunction with a claim of an administrative nature, such as a claim for restitution sought for injured consumers in a governmental proceeding which also seeks an order prohibiting the wrongful conduct. This would be analogous to the joining of a civil claim in a criminal prosecution which has been discussed above.

Paragraph 4

46 Concerns were expressed in the Special Commission that paragraph 3 could be interpreted as affecting any claims to governmental immunities or privileges which might be asserted under national or international law. This was certainly not the intention behind paragraph 3, which only excludes the

[28] See Supreme Court Act 1981 (United Kingdom) s. 20, and in the United States of America, *Carnival Cruise Lines v. Shute* 499 US 585 (1991).

quence l'implication de l'État comme partie au litige sur la qualification de « civile et commerciale ». Pour que la question soit parfaitement claire, le paragraphe 4 réaffirme cette solution. Par ailleurs, quoique la question ne soit pas explicitement abordée, il est tout aussi certain que les immunités diplomatiques ou consulaires applicables du fait des différentes Conventions internationales ne sont pas non plus affectées par l'avant-projet.

Article 2 – Champ d'application territorial

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

Paragraphe 1

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

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

Lettre a) – *Élection de for*

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

Lettre b) – *Compétences exclusives*

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

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

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

Paragraphe 2

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

[29] Voir art. 2 des deux Conventions, à l'applicabilité duquel est subordonné le recours aux fors spéciaux et facultatifs prévus par la Convention.

[30] Il en découle que, lorsque le défendeur ne réside pas habituellement dans un État contractant, les rattachements exorbitants de l'art. 18 peuvent être utilisés dans le cadre du droit national aux termes de l'art. 19 (voir ci-après le commentaire des articles précités).

[31] Il est à noter que l'art. 4 (voir le commentaire ci-après) reconnaît la validité des conventions d'élection de for aussi lorsqu'elles désignent les tribunaux d'États non contractants.

relevance of the governmental status of one of the parties for the purposes of characterisation of a claim as "civil and commercial". For additional assurance, paragraph 4 makes this explicit. Although not specifically referred to it is also obvious that entitlements to diplomatic and consular immunity under the relevant international Conventions are not affected by the preliminary draft Convention.

Article 2 – Geographic scope

47 This Article defines the territorial, or geographical, scope of the Convention and the situations in which the Chapter I rules on direct jurisdiction and the Chapter III rules on recognition and enforcement will apply. In defining this territorial scope, the Special Commission has taken special care to ensure that the definition adopted does not result in treaty conflicts with existing international instruments, without pre-empting the decision on whether a disconnection clause is needed to safeguard the operation of such instruments.

Paragraph 1

48 This paragraph defines the scope of the direct jurisdiction rules of Chapter II, according to the principle that these rules apply whenever the court seised is a court of a Contracting State. Thus the chosen criterion differs from the one found in other Conventions such as the Brussels and Lugano Conventions, in which treaty-based jurisdiction, except for exclusive jurisdiction and prorogation, applies only where the defendant is domiciled in a Contracting State.[29] Under this Convention, by contrast, the defendant need not be habitually resident in a Contracting State in order for the grounds of jurisdiction available under the Convention to apply. The only situation in which habitual residence plays a role is the prohibition against the use of exorbitant jurisdiction in national law, which is restricted by Article 18 to cases where the defendant is habitually resident in a Contracting State.[30]

49 There is however one restriction on the principle whereby treaty rules on direct jurisdiction apply irrespective of the defendant's residence: when all the parties are habitually resident in the State of the court seised. The non-application of the Convention rules in this case is warranted by the fact that this is a purely internal situation, lacking any international dimension. However, the non-applicability is not total, and may in turn be restricted if the subjection of a dispute to national rules might undermine the workings of the Convention. Such situations may arise because of a choice of court, or as a result of exclusive jurisdiction, *lis pendens*, or other circumstances in which a court may decline jurisdiction.

Sub-paragraph a) – *Choice of court*

50 Even if all the parties are habitually resident in the same Contracting State, the court seised must apply Article 4 if the parties have agreed on a court or courts in another Contracting State to deal with the dispute. In such a case, disregarding the treaty rule on the choice of court would undermine the jurisdiction of another Contracting State, which would be unable to exercise a jurisdiction already conferred on it by the parties. This does not happen when the parties have chosen a court or courts in a third State, although it is uncertain whether application of Article 4 should properly be excluded in that case.[31]

Sub-paragraph b) – *Exclusive jurisdiction*

51 As with the choice of court, the existence in another Contracting State of a ground of jurisdiction defined by the Convention as exclusive will render the Convention applicable even if all the parties are habitually resident in the State of the court seised. It must be possible to apply the rule granting exclusive jurisdiction to the courts of a Contracting State regardless of the residence of the parties concerned. The rule cannot therefore be affected by the parties being resident either in the State of the court seised, or in a third country.

Sub-paragraph c) – Lis pendens *and refusal to exercise jurisdiction*

52 Nor does the fact of the parties being resident in the State of the court seised affect the application of the treaty provisions which govern concurrent actions in a number of different Contracting States. Since the grounds of jurisdiction laid down in the Convention do not depend on the residence of the parties, it may well be that the courts of two Contracting States are equally competent to deal with the same case, even if all the parties are habitually resident in the same State. The co-ordination established in Articles 21 and 22 among the courts of Contracting States must therefore be respected in all circumstances, in order to ensure the smooth working of the Convention.

Paragraph 2

53 Under this paragraph, the scope of the Chapter III rules is defined by the fact that a judgment has been rendered in one Contracting State and the question of recognition and enforcement has arisen in another. The Special Commission has opted for recognition and enforcement under Chapter III of judgments rendered in the State of origin for purely internal cases when they become international by virtue of the fact that the judgment will take effect in another Contracting State. The provision in paragraph 2, which in principle covers any judgment rendered in a Contracting State, must also be read in conjunction with Article 24, whereby Chapter III does not apply to judgments based on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17. Because of this conjunction of provisions, the scope of Chapter III is limited, on the one hand, to judgments based on or rendered in conformity with one of the grounds of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, which will be covered by the Convention's rules on recognition and enforcement, and on the other hand to judgments based on a ground of jurisdiction not conforming to the provisions concerning choice of court, the protective rules, or jurisdiction which is exclusive or in breach of the prohibited grounds of jurisdiction – judgments which cannot be either recognised or enforced.

[29] See Art. 2 of both Conventions, which must be applicable in order for the special and optional fora provided in the Convention to be used.

[30] It follows that when the defendant is not habitually resident in a Contracting State, the exceptional connections in Art. 18 may be used in a national law framework in accordance with Art. 19 (see below the commentary on these Articles).

[31] It should be noted that Art. 4 (see commentary below) also recognises the validity of choice of court agreements which appoint courts in non-Contracting States.

Article 3 – For du défendeur

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

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

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

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

Paragraphe 1

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

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

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

Paragraphe 2

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

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

[32] C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5); et aussi P. Jenard, Rapport sur la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (le «Rapport Jenard»), *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 1 à 65, *sub* art. 2.

[33] Voir E. Rabel, *The Conflicts of Laws. A Comparative Study*, 2e éd., Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1947, I, p. 117 et s.; et F. Pocar, «Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales», *Annuaire AAA*, vol. 35 (1965), p. 176 à 182.

[34] D. Baetge, *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1994, p. 44 à 85.

[35] E. Clive, «The Concept of Habitual Residence», *The Juridical Review*, 1997, p. 137 à 147.

[36] Ce qui aurait été plus facile si le critère retenu pour les personnes physiques avait été le domicile.

Article 3 – Defendant's forum

54 This Article contains the first of the Convention's rules on jurisdiction. It defines the general forum of the defendant, whether or not the defendant is a natural person. In so doing, the Convention follows a trend now firmly established in international conventions on international jurisdiction, as well as in national systems when defining the direct jurisdiction of national courts, by making provision for a general forum based on the principle that the plaintiff may bring suit in the courts of the defendant. This principle, enshrined in the maxim "*actor sequitur forum rei*", tends to favour the defendant, and seems to be justified even more on the international level than in national law, since it is much more difficult to defend oneself in the courts of a foreign country than in a different court of one's own country.[32]

55 In most cases, both in treaty law and in national law, where a general forum is specified it is accompanied by other grounds of jurisdiction which are presented, except in the case of exclusive jurisdiction, as alternatives to the general forum. This is true, *inter alia*, of the Brussels Convention, which provides for a general forum in the State of the defendant's domicile.

56 Other instruments however, such as the Brussels Convention itself, establish a close connection between the general forum and alternative grounds of jurisdiction, so that the latter apply only if there is a general forum in one of the Contracting States. No such connection is laid down in this preliminary draft Convention. Thus the general character of the ground of jurisdiction provided in Article 3 does not derive from the fact that only where it exists in a particular case will the special grounds of jurisdiction of an alternative kind apply by way of derogation, but solely from the fact that it is not confined to any specific subject matter and may be exercised for any court application regardless of its subject, being limited solely by choice of court (Art. 4), or the rules on exclusive jurisdiction (Art. 12), or protective grounds of jurisdiction (Arts 7 and 8).

57 Moreover, the absence of any clearly defined relationship between the general forum of the defendant and the grounds of jurisdiction provided in the Convention implies that the defendant's forum is on a footing of equality with the ones specified in subsequent articles. In other words, it is one of the fora available to the plaintiff, as an alternative to the other grounds of jurisdiction provided in the Convention (and also by the national law of each Contracting State, unless the Convention forbids it), but does not enjoy any priority over them.

Paragraph 1

58 The effect of paragraph 1 is to fix the defendant's forum at his place of habitual residence. The Special Commission finds this solution readily acceptable, having considered and discarded other criteria which would have linked the defendant with a given country, such as nationality and domicile.

59 In fact, in the civil and commercial matters covered by the Convention there is no meaningful link to be found in nationality, and indeed there is no place for it (see Art. 18). As for domicile, there are well-known disadvantages in using it, because of its varying status in comparative law.[33] Although it is adopted as the primary connecting factor in other international conventions, including the Brussels Convention, it has therefore been discarded in favour of habitual residence. Of course, even the notion of habitual residence is not purely factual and may be open to various interpretations.[34] However, it is undeniably more reliable in a factual sense, as it tends to denote a person's presence over a fairly prolonged period in a certain place, and to assign only an incidental and non-essential role to the intention of remaining there.[35] Nor should it be forgotten that the connecting factor of habitual residence has been consistently used in the Hague Conventions, and there has never been any real difficulty in applying it in practice. In the light of the foregoing, it was thought unnecessary to include in the Convention a definition of habitual residence.

60 There is no provision for circumstances in which habitual residence cannot be established in a particular case. However, it should be noted that such situations will be very rare. Moreover, it has already been pointed out that in this Convention the defendant's habitual residence is not the basic forum which must exist in order for special fora to apply, but merely one of the fora available to the plaintiff, on a footing of equality with the special fora, so that this becomes a distinctly minor issue.

Paragraph 2

61 Paragraph 2 defines the defendant's forum when the defendant is not a natural person. We note that the category of defendants which this comprises is defined in negative terms. The negative wording was preferred to a positive term in order to include not only corporations and legal persons, all of which have legal personality, but also any other association of natural or legal persons which lacks legal personality but which is capable under the law which governs it of appearing and pleading before a court.

62 Moreover, the choice of habitual residence as a connecting factor for natural persons made it difficult to use the same connecting factor for legal persons[36] without defining the concept. However, given that such a definition would in any case have had to be expressed as a plurality of connecting factors, the provision makes reference to these without seeking to relate them to a unitary concept. The complexity and range of situations which arise in practice, and the advisability of making a court available to the plaintiff if a corporation has links with several countries, justify four connecting factors, listed *a)* to *d)*. The list does not stipulate any order of priority: the criteria are therefore alternatives, comprising a series of options available to the plaintiff, who may bring his action against the defendant before the courts of the State indicated by whichever he chooses. It should however be noted, and is clear from the analysis which follows of the connecting factors, that sub-paragraphs *a)* and *b)* do not offer the plaintiff any real choice, being in fact alternatives to each other.

[32] C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5) and P. Jenard, Report on the *Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* (the "Jenard Report"), *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 1-65, *sub* Art. 2.

[33] See E. Rabel, *The Conflicts of Laws. A Comparative Study*, 2nd ed., Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1947, I, pp. 117 *et seq.*; and F. Pocar, "Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales", *Annuaire AAA*, Vol. 35 (1965), pp. 176-182.

[34] D. Baetge, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 44-85.

[35] E. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, pp. 137-147.

[36] It would have been easier if the criterion chosen for natural persons had been domicile.

Lettre a) – *Siège statutaire*

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

Lettre b) – *Loi de constitution*

64 Pour combler la lacune découlant pour certains pays de l'impossibilité d'avoir recours au rattachement du siège social, la Convention retient en alternative le critère de l'État selon la loi duquel la personne a été constituée. Ce critère coïncide normalement avec le lieu d'enregistrement de la société, dans lequel la société a un «bureau enregistré» («*registered office*»), mais le rattachement permet de couvrir également le cas où la société n'a nulle part de «*registered office*»[39] ; il est enfin susceptible de s'appliquer tant aux sociétés et autres entités ayant une personnalité morale qu'aux associations qui ne sont pas destinées à l'acquérir.

Lettre c) – *Administration centrale*

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

Lettre d) – *Principal établissement*

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

Article 4 – Élection de for

Paragraphe 1 – Clause attributive de juridiction

Champ d'application

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

Accord

68 Il faut un accord entre les parties. Une désignation unilatérale, dans une facture ou un document émanant d'une seule des parties n'est pas suffisant en elle-même[41], à moins que cette désignation soit le reflet d'un usage régulièrement suivi par les parties ou résulte d'un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance dans la branche commerciale en cause[42]. Il n'est pas nécessaire que la clause fasse l'objet d'un accord explicite de la part des deux parties ou soit signée par les deux parties. Il suffit qu'il résulte des circonstances de l'affaire que les parties se sont effectivement accordées ou peuvent être considérées comme s'étant accordées.

69 Dans cette mesure, une partie à un contrat d'adhésion contenant une clause attributive de juridiction peut être considérée comme ayant donné son accord, à moins qu'elle puisse bénéficier de la protection accordée par les articles 7 ou 8[43]. De la même façon, le membre d'une société ou d'une association peut, du fait de cette qualité de membre, être réputé avoir accepté une clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif de la personne morale, qu'il ait ou non spécifiquement donné son accord à cet acte. L'accord doit être conclu en la forme prévue par le paragraphe 2 et doit être valable au fond.

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

[38] Telle est par exemple la situation retenue par l'art. 10 de la Convention Exécution de 1971.

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

[40] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 104. Pour une discussion des différentes analyses de l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, voir H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 82 à 84 ; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6e Auflage, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, p. 228 à 232 ; C. Bernasconi et A. Gerber, *Der Raümlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 1993, 3 *SZIER/RSDIE* 39, spéc. p. 57 à 61. Il faut toutefois rappeler que les dispositions des Conventions de Bruxelles et de Lugano sont substantiellement différentes.

[41] Voir *infra*, art. 18(2) *g)*.

[42] Voir art. 4(2) *c)* et *d)*.

[43] Comp. avec l'art. 4 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* (qui n'est pas en vigueur), qui visait à protéger la partie faible. Dans la présente Convention, la protection de la partie faible est assurée par l'art. 4(3).

Sub-paragraph a) – *Statutory seat*

63 The concept of statutory seat is firmly established in civil law, albeit in definitions which may vary from one country to another, but is unknown in other legal systems, especially in common law countries. This explains why other international conventions which refer to it have had to define it, either directly or indirectly,[37] or use it as an alternative connecting factor to others.[38] The Convention follows both approaches: on the one hand, in order to avoid divergent interpretations, it specifies that the seat is the one named in the statutes or deeds of incorporation of the company or other legal person; on the other, the statutory seat appears in the Convention as one of the alternative connecting factors for defining the defendant's forum. It should be explained that where the English law concept of a "registered office" is part of the statutory seat, only the main office is meant.

Sub-paragraph b) – *Law of incorporation*

64 To fill the gap which occurs in some countries where it is not possible to rely on the statutory seat as a connecting factor, the Convention uses as an alternative the criterion of the State under whose law the legal person was formed. This criterion will normally signal the place in which the company is registered, in which it has a registered office, but the link can also extend to cases in which the company has no "registered office".[39] Finally, it may also apply both to companies and other entities with legal personality, and to associations not intended to acquire legal personality.

Sub-paragraph c) – *Central administration*

65 This connecting factor relates to the place where decisions about the running of the company or other entity are made, *viz.* the place where, according to the statutes or in practice, the board of directors of a company meets or the persons authorised to take decisions about the organisation and activities of a legal person or an association without legal personality take such decisions. This criterion has often been regarded as sufficient to link a legal person to a given country, but it is becoming increasingly difficult and unreliable to pin down, because of the new techniques which are now used in decision-making for companies which carry on business in several different countries. The possibility of making decisions through videoconferencing or other means of electronic communication, in the case of a collegiate body, or communicating a decision "online" from the person with authority for that purpose, means that decisions may be taken in various places, and it will be impossible to identify where the decision was taken. For this reason there is some uncertainty involved when this criterion is used, so that it is not sufficient in itself and can only be one of a list of alternatives open to the plaintiff.

[37] For example, Art. 53 of the Brussels Convention expressly left it to the private international law of the forum seised to define what it is, and in its revised text proposes a direct definition for countries which do not have it (see below under *h)*).

[38] This is the situation, for instance, in Art. 10 of the 1971 Enforcement Convention.

[39] It is interesting to note that the revised Brussels Convention, in which the only connecting factor is the statutory seat, goes on to define this term, used in the United Kingdom and Ireland, as meaning "the 'registered office' or, if there is no 'registered office', the place where legal personality was acquired or, if there is no place where this happened, the place under whose law the company was incorporated".

Sub-paragraph d) – *Principal place of business*

66 Unlike the central administration, this connecting factor stands for the place where the main activity of the legal person is carried on. This therefore is a factual criterion which has to be identified on a case-by-case basis, by considering the activity of the legal person. Here again, there may be some uncertainty if a company is carrying on similar activities in several different countries. However, it should be noted that where business is carried on by means of subsidiaries or secondary establishments, this will often make it easier to ascertain the place where the company is carrying on its main business.

Article 4 – Choice of court

Paragraph 1 – Choice of forum clause

Scope of application

67 The territorial scope of Article 4 is defined in Article 2 which has been discussed above. The Special Commission did not accept a proposal that there be a requirement of an international connection in addition to any requirement set out in Article 2. In the case where parties habitually resident in one Contracting State choose the forum of another Contracting State, there is no requirement of any further international connection, such as that the contract must envisage the supply of goods or services across borders or that it must be related to other transactions of an international character. There is no room for a "*teleologische Reduktion*".[40]

Agreement

68 There must be an agreement between the parties. A unilateral stipulation in an invoice or other document by one of the parties will not by itself suffice,[41] unless the stipulation reflects a usage which is regularly observed by the parties or reflects a common practice in a particular trade of which the parties were or ought to have been aware.[42] The consent to the arrangement need not be given explicitly by each party or be signed by that party. It suffices when it appears from the general circumstances that each party has agreed or can be taken to have agreed.

69 Thus a party to a contract of adhesion containing a forum selection clause can be taken to have agreed unless he or she falls within one of the categories protected in Articles 7 or 8.[43] Similarly, a member of a corporation or association by virtue of that membership can be taken to have agreed to any forum selection clause contained in the constitution of that body whether he or she has specifically agreed to it or not. The agreement must be in the form prescribed by paragraph 2 and must be valid as to substance.

[40] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 104. For a discussion of the different views expressed in relation to Art. 17 of the Brussels and Lugano Conventions, see H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2nd ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, at pp. 82-84; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6e Auflage, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, at pp. 228-232; C. Bernasconi and A. Gerber, *Der raümlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 1993, 3 *SZIER/RSDIE* 39, esp. at pp. 57-61. It must be remembered, however, that the provisions of the Brussels and Lugano Conventions are substantially different.

[41] See Art. 18(2) *g) infra*.

[42] See Art. 4(2) *c)* and *d)*.

[43] Contrast the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court* (not in force), Art. 4 which sought to protect the weaker party. In the present Convention this is done in Art. 4(3).

Licéité de l'accord

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

Validité au fond de l'accord

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

Le tribunal ou les tribunaux d'un État

72 Les parties peuvent choisir ou bien un tribunal particulier, ou bien plusieurs tribunaux particuliers ou encore, les tribunaux d'un État, contractant ou non contractant. Dans cette dernière situation, une certaine incertitude peut naître si les parties désignent, sans spécifier, les tribunaux d'un État comportant plusieurs systèmes judiciaires, comme le Royaume-Uni ou la Suisse. En l'absence de disposition expresse dans la Convention sur ce sujet, il semble que dans ce cas, le demandeur puisse se prévaloir de la compétence de tous les tribunaux de l'État désigné[48].

73 Toutefois, un point est acquis: les parties ne peuvent pas, par leur accord, conférer compétence à un tribunal qui ne peut être saisi de l'affaire parce que sa compétence est limitée à certaines questions ou à des litiges d'un certain montant (compétence *ratione materiae*). L'accord des parties ne peut influer que sur la compétence quant aux personnes (compétence *ratione personae*).

Lien de rattachement avec le for désigné

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

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

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

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

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

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

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

[45] Voir la discussion menée dans G.B. Born (*op. cit.* note 10), p. 414 à 417.

[46] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), Nos 105 et 106 (sur la licéité uniquement).

[47] Voir la discussion de l'ensemble de ces questions et les références citées dans P.E. Nygh, «Autonomy in International Contracts», *OUP*, 1999, p. 93 et 94.

[48] Comp. avec l'art. 1(1) de la Convention For contractuel de 1965, qui renvoyait à «la loi ou les lois internes de cet État». La Convention actuelle ne prévoit pas de telle disposition. Pour une discussion de la situation aux Royaume-Uni, voir A. Briggs et P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2e éd., Londres, Lloyd's of London Press, 1997, p. 71 et 72. Pour la Suisse, voir C. Bernasconi et A. Gerber (*op. cit.* note 40), p. 57.

[49] Les droits nationaux posent parfois de telles conditions: voir la Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, art. 5(3). Aux Pays-Bas, voir l'arrêt Piscator, *Hoge Raad*, 1er février 1985, [1985] *NJ* 689, qui a exigé un «rattachement raisonnable» pour qu'un tribunal néerlandais puisse être valablement choisi.

[50] Cette affirmation est renforcée par la disposition de l'art. 22(1) de l'avant-projet de Convention.

The lawfulness (licéité) of the agreement

70 A preliminary issue may arise as to whether the parties may submit a particular dispute to the jurisdiction of a foreign court. In some cases national law may explicitly prohibit such submission.[44] In other countries public policy has been invoked to invalidate choice of forum clauses.[45] In the light of the express provision made by the preliminary draft Convention in Article 4(3) for the invalidation of jurisdiction agreements in specified circumstances, the circumscribed scope given to national law in Article 17, and the absence of a public policy reservation in Chapter II, there is no room for national laws imposing conditions on the lawfulness of the choice of forum.[46]

The substantive validity of the agreement

71 Paragraph 2 is restricted to validity as to form. There are no provisions in the Convention which address the question what conditions must be fulfilled for substantial validity, such as the conditions for a valid consent. This is in accordance with the view of the Special Commission that such issues should be left to national law. Thus, in so far as the issue of agreement raises questions of law as to the requirements of consent,[47] as opposed to the purely factual question of whether the parties actually agreed, the national law of the forum seised, including its rules of private international law, must determine those questions.

A court or courts of a State

72 The parties may select either a specific court, a number of specific courts or the courts of a Contracting or non-Contracting State generally. In the last case some uncertainties may arise if the parties select the courts generally of a multi-jurisdictional State such as the United Kingdom or Switzerland. In the absence of any express provision in the Convention on this aspect, it would appear that in such a case the plaintiff may choose to invoke the jurisdiction of any court within the selected State.[48]

73 One matter, however, is very clear: the parties cannot by their agreement confer jurisdiction on a court which lacks jurisdiction to hear the matter by reasons that its jurisdiction is limited as to subject matter or as to the quantum of the claims it can deal with (*ratione materiae*). The agreement of the parties can only confer jurisdiction as regards their persons (*ratione personae*).

Connection with the selected forum

74 There is no requirement in Article 4 that the forum chosen have any connection with either of the parties, the subject matter of the dispute or the applicable law.[49] The effect of paragraph 1 is to confer jurisdiction on the chosen court even if there is no such connection. In accordance with the principle of autonomy which underlies the provision, it is for the parties to determine whether their choice is reasonable. Any limitation on choice is to be found in Article 4(3). It follows that the court of a Contracting State chosen by the parties may not decline jurisdiction, except on a ground permitted under the Convention.[50] In particular, it cannot decline jurisdiction under Article 21(7) or 22(1) on the ground that another court is clearly more appropriate to resolve the dispute, if the court has been selected as an exclusive forum.

Any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship

75 The first part of this formula makes clear that the parties may agree on a choice of court both before and after the dispute has arisen. The agreement can be part of a larger contract or it may be ad hoc, such as an agreement to accept the service of a writ and not to contest the jurisdiction of the court. While the provision is most likely to be used in relation to disputes arising out of a contractual relationship, there is no reason why issues such as liability for a tort cannot be referred by agreement to a particular court.

76 There is an important limitation in the requirement that the dispute be "in connection with a particular legal relationship". An open-ended reference to "any dispute which may arise between the parties out of any present or future legal relationship between them" will not suffice. On the other hand, the legal relationship may be any dispute arising out of the contract the parties have entered into. The legal relationship must be capable of being identified as at the time of the agreement, although the exact nature of the dispute may not be foreseeable at that time.

Exclusive jurisdiction unless the parties have agreed otherwise

77 Traditionally, in common law countries an agreement for the choice of a court was viewed as not excluding other possible competent fora, unless it was made clear explicitly or by necessary implication that the selection was to be exclusive. In relation to those countries, the Convention will reverse the presumption. If nothing more is apparent than that the parties have agreed that a court or courts of another Contracting State shall have jurisdiction, that jurisdiction will be exclusive of other jurisdictions (subject to the provisions of Arts 7, 8 or 12, see below) unless the contrary appears either explicitly or by necessary implication. Conversely, the formula makes it clear that it will remain possible to provide for non-exclusive alternatives to the fora required by the Convention. Furthermore, the words "unless the parties agree otherwise" recognises the autonomy of the parties which underlies this provision. They may provide for different fora to have exclusive jurisdiction in respect of specific obligations or leave the choice of the forum to one of the parties.

[44] An example is seen in the Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Australia) s. 11(2) which deprives of effect any provision in a bill of lading for the shipment of goods into or out of Australia which would "preclude or lessen" the jurisdiction of an Australian court.

[45] See the discussion in G.B. Born (*op. cit.* note 10), at pp. 414-417.

[46] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), Nos 105 and 106 (as to lawfulness only).

[47] See the discussion of that issue and the sources cited in P.E. Nygh, "Autonomy in International Contracts", *OUP* 1999, at pp. 93-94.

[48] Contrast the 1965 Choice of Court Convention, Art. 1(1) which referred the issue to "the internal legal system or systems of that State". No such provision occurs in the present Convention. For a discussion of the situation in the UK, see A. Briggs and P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2nd ed., London, Lloyd's of London Press, 1997, at pp. 71-72. For Switzerland, see C. Bernasconi and A. Gerber (*op. cit.* note 40), at p. 57.

[49] Some national laws may require such a connection: see the Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, Art. 5(3); in the Netherlands, see the *Piscator* case, *Hoge Raad*, 1 February 1985 [1985] *NJ* 689, requiring "a reasonable connection" before a Dutch court can assume prorogated jurisdiction.

[50] This conclusion is reinforced by the provisions in Art. 22(1) of the preliminary draft Convention.

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

Effet du choix d'un tribunal d'un État contractant

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

Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant

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

Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires

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

Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts

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

Paragraphe 2 – Validité formelle

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

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

Lettres a) *et* b) – *Forme enregistrée*

85 La méthode principale pour prouver l'existence d'un accord d'élection de for consiste à renvoyer à un texte qui peut être consigné par écrit ou sous une autre forme susceptible d'être conservée pour un usage futur, comme un message électronique. L'accord d'origine ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un écrit: il peut s'agir d'un accord oral. Il suffit que l'accord ait été ensuite confirmé sous une forme enregistrée[51]. Il s'ensuit que la signature par chacune des parties n'est pas essentielle; l'acceptation ou la confirmation de l'accord enregistré peut être établi par d'autres moyens. Un accord sur le choix d'une juridiction peut être incorporé dans un autre document ou confirmé par la référence qui y est faite dans un autre document, comme des conditions générales de vente internationale. Dans cette situation, pour répondre aux exigences des lettres *a)* et *b)*, la référence ou la confirmation doit être enregistrée, sous forme écrite ou par un autre moyen de communication. Manifestement, une acceptation formellement consignée de la part de la partie à qui la clause a été proposée serait la meilleure des preuves. Mais elle n'est pas essentielle: l'accord peut être inféré d'autres actes ou actions, ou même du défaut d'opposition pendant un temps déterminé. De la même façon, il n'est pas nécessaire que la partie à qui on oppose la clause ait donné une confirmation écrite ou consignée par d'autres moyens.

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

78 The term "exclusive" in this connection means in derogation of fora which otherwise would have had jurisdiction under the Convention, including jurisdiction under national law preserved by Article 17. The fora which cannot be excluded are: a forum in which the defendant has subsequently appeared in accordance with Article 5, the protected fora provided for in Articles 7 and 8, and the exclusive fora provided for in Article 12. The derogated forum must decline jurisdiction in favour of the chosen forum if it is a court of a Contracting State: the exercise of a discretion to accept jurisdiction notwithstanding a choice of forum clause as exists under the common law, is inconsistent with the Convention. Under Article 26 a judgment based on a jurisdiction exercised in breach of a choice of court agreement, whether based on a required jurisdiction under Chapter II or a national jurisdiction permitted by Article 17, "shall not be recognised or enforced".

Effect of choice of a court of a Contracting State

79 The court of a Contracting State which has been selected in a valid selection clause for either exclusive or non-exclusive competence thereby gains jurisdiction even though it might not otherwise have been able to exercise a required jurisdiction under Chapter II. However, since the Convention does not seek to alter internal rules of jurisdiction, the agreement cannot confer jurisdiction on a court whose jurisdiction under its national law is limited as to subject matter, *e.g.*, to bankruptcy or matrimonial causes.

Choice of court or courts of a non-Contracting State

80 In the second sentence of paragraph 1 provision is made in respect of the choice of forum in a non-Contracting State. In principle the effect is the same: the agreement, provided it complies with the conditions referred to above, excludes the fora of Contracting States which might otherwise have jurisdiction under the Convention, unless the parties have agreed otherwise. But the Convention cannot impose or confer jurisdiction on courts of non-Contracting States. For that reason the courts of Contracting States have the option of suspending proceedings to see whether or not the court or courts chosen will accept that jurisdiction. They can also decline jurisdiction without waiting for that determination provided the court chosen has not already declined jurisdiction. What they cannot do is to proceed with the exercise of jurisdiction before the court chosen has declined it itself.

Choice of court clauses and provisional and protective measures

81 The Special Commission did not make express provision in Article 4 concerning the jurisdiction of courts in other Contracting States to take provisional and protective measures where there exists a choice of court clause which is exclusive of those fora. From a reading of Article 13(1) it appears (assuming that Art. 4(3) does not apply) that the derogated fora are not competent to exercise jurisdiction under Article 13(1) because they will lack jurisdiction to determine the merits of the case. But this restriction does not apply to the courts mentioned in Article 13(2) and (3). Hence protective and provisional measures can be taken in relation to property situated within the forum or, on an interim basis with effect only within the territory of the forum State, notwithstanding an exclusive choice of court clause, in order to protect a pending claim on the merits.

Choice of court clauses in trust instruments

82 These are dealt with in Article 11 below which makes its own provisions as regards effect and form and applies both to choice of court clauses in trust agreements and unilateral stipulations made by deed or will. Apart from Article 4(3), the provisions of Article 4 therefore have no application to a choice of court clause contained in a trust instrument falling within Article 11.

Paragraph 2 – Formal validity

83 This paragraph sets out the conditions which must be met for the validity as to form of the agreement. They set out, in alternatives, conditions which are both minimum and maximum requirements and thus exclude the application of national law on the subject. A proposal that reference could also be made to any form accepted by the court seised was rejected by the Commission. Nor will it be open to a Contracting State to impose additional formal requirements such as that the agreement should be in a particular language or that it should be signed by each of the parties. The onus of proving that the conditions have been complied with rests upon the party seeking to rely on the agreement.

84 The words "entered into or confirmed" apply to each of the methods described in sub-paragraphs *a)* to *d)* inclusive.

Sub-paragraphs a) *and* b) *– Recorded form*

85 The major method of proving the existence of an agreement as to choice of court is by reference to a text which is either recorded in writing or in some other form, such as an electronic message, which can be preserved for future reference. The original agreement need not be in recorded form: it can be made by oral agreement. It is enough that the agreement was afterwards confirmed in recorded form.[51] It follows that a signature by either party is not essential; acceptance or confirmation of the recorded agreement can be established by other means. An agreement as to choice of court may be incorporated or confirmed by reference to another document, such as international terms of trade. In that case the reference or confirmation should, in order to qualify pursuant to sub-paragraphs *a)* and *b)*, be in recorded form. Obviously a formal recorded acceptance by the party to whom the proposal for a choice of court is made will serve as best evidence. But it is not essential: assent may be inferred from other acts or behaviour or even a failure to raise a timely protest. Nor does the confirmation in recorded form have to come from the party against whom the agreement is pleaded.

[51] Compare Art. 17 (a) of the Brussels Convention which refers to "evidenced in writing". The use of the word "confirmed" would appear to require a more positive assent to the clause than a mere recording.

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

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

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

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

Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords

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

Article 5 – Comparution du défendeur

Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence

89 L'article 5 traite de la compétence fondée sur l'absence de contestation par le défendeur de la compétence du tribunal saisi. Du fait de sa comparution, le défendeur confère au tribunal saisi une compétence obligatoire dont il aurait pu être dépourvu sans cela. Un jugement rendu sur une telle compétence est susceptible d'être reconnu dans les conditions posées par le chapitre III de la Convention, quelle que soit la règle de compétence invoquée au départ par le demandeur. La solution s'applique si le tribunal saisi a au départ utilisé l'une des règles de compétence nationale dont l'utilisation est autorisée par l'article 17. Si le défendeur se défend au fond sans contester la compétence, le jugement obtenu sera considéré comme rendu par un tribunal compétent du fait de l'article 5. En s'abstenant de contester la compétence, un chef de compétence de la «zone grise» devient un chef de compétence admis. Cependant, la compétence susceptible d'être contestée est celle qui est instituée par la Convention, c'est-à-dire la compétence fondée sur les articles 3 à 16 inclus de la Convention. Le défendeur, dans une procédure fondée uniquement sur une compétence de l'article 17, devrait attirer l'attention du tribunal sur le fait que celui-ci est dépourvu de compétence en vertu de ces dispositions.

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

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

Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence

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

93 Quand, en application du chapitre III, la reconnaissance et / ou l'exécution est demandée, le tribunal requis devra vérifier, en application de l'article 27, si le tribunal d'origine était compétent au sens de l'article 5. Ceci pourrait conduire le tribunal requis à estimer que l'attitude du défendeur, qui a été considérée comme une comparution volontaire par le tribunal d'origine, n'en est pas une au sens du droit de l'État du juge requis. Dans la mesure où les procédures nationales peuvent

[52] Cette situation s'est présentée dans l'arrêt *Iveco c. Fiat*, CJCE 11 nov. 1986, *Rec.* 1986, p. 3337.
[53] Voir aussi *infra*, art. 26.

Rapport Nygh/Pocar

Sub-paragraph c) – *Regular usage by the parties*

86 In this case no record of the agreement or its confirmation is required. The agreement may be entered into or confirmed orally, if that is the regular practice of the parties, or even tacitly. The most obvious example of the latter is that of parties who originally had entered into a written contract for a particular transaction which contained a choice of court clause and thereafter continued to enter into similar transactions without entering into a new written contract. In that case the assumption may be made that the parties continued to deal on the same terms.[52]

Sub-paragraph d) – *Usage in the particular trade*

87 Here again no record of the agreement or its confirmation is required. The agreement or confirmation may be oral or even tacit as indicated by behaviour or a failure to object to the regular usage. It differs from the previous sub-paragraph in that the usage need not reflect previous practice between the parties. However, it must be a practice (i) of which the parties were actually aware or ought to have been aware and also be (ii) one which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

Paragraph 3 – Invalidity of certain agreements

88 Paragraph 3 invalidates agreements for the choice of court which offend against the restrictions imposed by Articles 7 (consumer contracts) and 8 (employment contracts) or which are inconsistent with the exclusive jurisdictions defined in Article 12. It is apparent from the opening words of Article 5 that an agreement to confer non-exclusive jurisdiction on a court other than one invested with exclusive jurisdiction under Article 12 would also be ineffective.[53] Similar restraints are imposed in relation to choice of court provisions in trust instruments.

Article 5 – Appearance by the defendant

Paragraph 1 – Submission to the jurisdiction

89 Article 5 deals with jurisdiction based on the submission of the defendant. By its submission the defendant confers upon the court a required jurisdiction under the Convention which the court may not otherwise have possessed. A judgment based on such jurisdiction is entitled to recognition under Chapter III of the Convention whatever the jurisdiction may have been on which the plaintiff originally proceeded. This applies where the court has initially assumed jurisdiction on a basis provided by national law which is tolerated under Article 17. If the defendant proceeds on the merits without contesting the jurisdiction, the resulting judgment will then be based on the required ground of jurisdiction provided for in Article 5. By the failure to contest the jurisdiction, "grey zone" jurisdiction is converted into required jurisdiction. The jurisdiction, however, which the defendant should contest is jurisdiction under the Convention, that is to say, jurisdiction arising under Articles 3 to 16 inclusive of the Convention. The defendant in an action based solely on Article 17 jurisdiction should point out that the court lacks jurisdiction under those Articles.

90 Required jurisdiction by submission under Article 5 can also arise in cases where the court has assumed jurisdiction on one of the grounds proscribed in Article 18. In that case, the jurisdiction of the court is based on the submission of, or tacit prorogation by, the defendant and not "on the basis solely of one or more" of the grounds set out in Article 18(2). By the same token the submission of the defendant displaces any previous agreement that another court shall have exclusive jurisdiction: the submission can be seen as a tacit variation of that agreement. Nor is Article 5 subject to the restrictions imposed on the assumption of jurisdiction by Article 7 (consumer contracts) and Article 8 (employment contracts).

91 The only restriction on Article 5 is that imposed by Article 12. A defendant cannot confer jurisdiction on a court by submission if another court in a Contracting State has exclusive jurisdiction under Article 12. If the issue of exclusive jurisdiction is not raised by one of the parties, it will be the duty of the court to raise it on its own motion. A judgment which is based on a ground of jurisdiction which conflicts with Article 12 shall under Article 26 not be recognised or enforced. The failure of the parties to raise that issue cannot cure the defect.s

Paragraph 2 – The right to contest jurisdiction

92 In many legal systems it is possible to raise the issue of lack of jurisdiction as a preliminary issue before the first defence is filed. Some systems may require that this be done. In other systems the defendant may be permitted or even required to enter a defence on the merits and raise an objection to the jurisdiction simultaneously. Whatever procedure should be followed is a matter for the national law of the court seised, but in either case the defendant has not submitted to the jurisdiction. Under most national legal systems the court may assume substantive jurisdiction over the defendant if it rejects the objections to the jurisdiction. Under Article 5 the fact that the defendant has contested the jurisdiction in timely fashion will prevent the court from having jurisdiction even if the defendant thereafter fully participates in the litigation on the merits. If the court originally seised finds in answer to the objection that it has jurisdiction on the basis of one or more of the required grounds set out in Articles 3 to 16 of the Convention, the resulting judgment may be entitled to recognition under Chapter III of the Convention. However, under Article 27, except in relation to the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, the court addressed must itself verify the jurisdiction of the court of origin and may come to a different conclusion. If the court originally seised finds that it only has jurisdiction under national law pursuant to Article 17, the resulting judgment will not be entitled to recognition under Chapter III. If the defendant does not appear at all, Article 5 has no application.

93 When recognition and / or enforcement is sought under Chapter III the requested court will have to verify under Article 27 whether or not the original court had jurisdiction by reason of Article 5. This may lead to a finding that an action of the defendant which was accepted as an appearance without objection to its jurisdiction by the original court does not amount to such an appearance under the national law of the requested State. Because national procedures may differ and

[52] Such a situation occurred in *Iveco Fiat v. Van Hool ECJ* 11 November 1986, [1986] *ECR.* p. 3337.
[53] See also Art. 26 below.

varier et où la Convention ne cherche pas à réglementer les questions de procédure, le tribunal requis doit prendre sa décision en application des règles de procédure du tribunal d'origine et non en application de ses règles propres, sous réserve du respect des dispositions du paragraphe 2[54].

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

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

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

Article 6 – Contrats

97 L'article 6 définit des compétences en matière contractuelle, comme une option additionnelle au for du défendeur prévu à l'article 3. La Commission spéciale a beaucoup hésité dans la formulation de cette disposition, car l'introduction même d'un for contractuel pouvait être contestée. D'abord, il est à prévoir que, dans le domaine matériel de la Convention, de nombreux contrats comportent une clause d'élection de for valide et exclusive, et rendent par conséquent peu utile un for contractuel. En outre, l'insertion d'une disposition sur la compétence en la matière, ainsi qu'en matière délictuelle, implique des questions de qualifications – pour établir ce qui relève de l'une ou l'autre des deux matières – qui sont bien difficiles à régler de manière autonome, vu la variété de solutions retenues par les systèmes de droit nationaux[58]. En l'état actuel du texte cette qualification ne peut qu'être faite par le juge saisi soit selon son propre droit soit selon le droit désigné par ses règles de conflit de lois. Cette même qualification devrait par ailleurs être acceptée comme telle par le juge requis au stade de la reconnaissance et de l'exécution puisque l'article 27 ne lui permet pas de revenir sur cette question, la Commission spéciale n'ayant pas retenu les suggestions faites à cet égard.

98 On pourrait essayer de surmonter les difficultés découlant de la qualification des matières contractuelles et délictuelles par la prévision d'une compétence fondée sur l'activité – qui pourrait rendre inutiles les dispositions sur les contrats, les délits et les succursales – mais la définition du type et du degré d'activité nécessaire pour établir une base de compétence n'est pas sans problèmes. Après avoir longuement discuté de cette question et tenté de rédiger une disposition à cet égard, la Commission spéciale y a renoncé sauf à insérer des précisions à l'article 9 et à l'article 18, paragraphe 2, lettre *e)*[59].

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

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

Lettre a) – *Fourniture d'objets mobiliers corporels*

101 Cette catégorie de contrats inclut la vente et, vraisemblablement, tout contrat qui peut prévoir la mise à disposition d'un objet mobilier corporel, tels la sous-traitance, la location, le crédit-bail, etc. Il n'inclut pas, au contraire, les contrats de fourniture d'objets qu'on ne peut pas qualifier de mobiliers corporels, tels les actions d'une société ou les droits de propriété intellectuelle. Mais il faut noter que la Convention ne qualifie pas l'expression «objets mobiliers corporels», à la différence d'autres conventions, telle la *Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à*

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

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

[56] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 109.

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

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

[59] Voir ci-après le commentaire des articles mentionnés.

the Convention does not seek to regulate procedure, the requested court should make its determination in the light of the procedural law of the original court and not its own, provided the provisions of paragraph 2 have been respected.[54]

94 Paragraph 2 gives the defendant the right to contest jurisdiction. Although the Convention does not seek to regulate procedure, a legal system that did not recognise that right would be in conflict with the Convention. As long as the first defence on the merits has not yet been filed, the defendant may contest the jurisdiction. This applies even if the defendant has already filed a preliminary document such as an acknowledgement of service, an address for service for further documents or a formal entry of appearance[55] which did not raise the issue of lack of jurisdiction. The method of raising the objection to jurisdiction is a matter for national law.

95 It goes without saying that the decision by the defendant not to contest the jurisdiction must be made freely and on an informed basis. The Convention does not impose on the court any obligation to satisfy itself independently that this is the case. However, this does not prevent a court in an appropriate case, for instance, where there is a gross imbalance between the parties in resources and / or representation or other matters become apparent which give it concern, from making inquiries.[56]

96 The objection to the jurisdiction must be raised not later than at the time of the first defence on the merits. This prescribes the maximum time in which the objection can be raised. Proposals to treat this as a minimum period which might be extended according to the national law of the court seised were rejected by the Special Commission. Thus, if a defendant fails to contest the jurisdiction before or at the time of the first defence on the merits, the original court will be seen as having jurisdiction under Article 5 even if under its national rules it could have entertained an objection to its jurisdiction at any later time. The Convention does not define what is meant by "the time of the first defence on the merits". The term refers to the time when the first defence on the merits is filed in fact, not to the time when under national rules it should have been filed. Although a defence filed outside the prescribed period will be void, most national systems permit an extension of those periods. What amounts to a first defence on the merits is a matter for the national law of the original court seised to determine.[57]

Article 6 – Contracts

97 Article 6 defines jurisdiction arising from the contract, as an additional option to the defendant's forum under Article 3. The Special Commission had some difficulty in formulating this clause, aware that a challenge might be raised to the very existence of a contract forum. In the first place, it may be anticipated that in the subject area to which the Convention relates, many contracts will contain a valid, exclusive choice of court clause, which renders a contract forum redundant. Moreover, the inclusion of a clause on jurisdiction in this area, as in tort, raises issues of definition – determining what comes under the respective headings – and these issues are not amenable to independent regulation, because of the range of solutions favoured by national legal systems.[58] As the text stands at present, this characterisation can only be made by a court seised either according to its own law or according to the law designated by its conflict of laws rules. And the same characterisation must then be endorsed by the court which has to deal with the recognition and enforcement stage, since that court is debarred by Article 27 from re-opening the issue, because the Special Commission did not adopt the suggestions made in this regard.

98 An attempt might be made to overcome the problems associated with characterising matters of contract and tort by providing an activity based jurisdiction – which would render superfluous the clauses on contracts, torts or delicts and branch offices – but there is some difficulty in defining the nature and extent of activity which is necessary in order to establish a ground of jurisdiction. After lengthy discussion of this question and some attempt to draft a clause covering it, the Special Commission decided not to do so, and confined itself to inserting clarifications into Article 9 and into Article 18, paragraph 2 *e)*.[59]

99 As for the question whether it is preferable to have a number of special jurisdictional rules for each type of contract, or instead a single rule for all contracts, the Convention opts for a mixed solution. Without mentioning any specific contract, Article 6 identifies two categories of contracts which are frequently found in practice, each of which may include several different contracts, namely contracts for the supply of goods and for the provision of services, as well as contracts for both. The Convention provides special jurisdiction for each of these categories; no contract forum is provided for the other contracts.

100 This special jurisdiction is based on the place in which the contract is performed, which makes it necessary to ascertain which obligation is to be taken into account for this purpose. With a view to resolving the difficulties which arise in this area, which are evident from experience with other treaty texts which use the place of performance as a connecting factor for the contract forum, the Convention avoids using general terms to define the obligation to be taken into account, such as the obligation giving rise to the claim or the obligation which is characteristic of the contract, and designates instead, for the kinds of contract concerned covered, the obligation which is relevant for determining the contract forum.

Sub-paragraph a) – *Supply of goods*

101 This category of contracts includes sales and, possibly, any contract which makes provision for the supply of goods, such as sub-contracting, lettings, leases, etc. It does not however include contracts for the supply of objects which cannot be described as goods, such as company shares or intellectual property rights. It should be noted, however, that the Convention does not define the term "goods", unlike other Conventions, such as the Hague Convention of 15 June 1955 on the

[54] Such an approach was adopted by J. Scott in *Adams v. Cape Industries Plc* [1991] Ch. 433 at 461, where the court held that steps taken in a foreign jurisdiction and not regarded there as a submission to the jurisdiction of that court, should not be treated as a submission to that jurisdiction for the purposes of enforcement of the judgment in England.

[55] The notion of "appearance" in some systems is more broadly defined, see The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, 1986 Revisions (draft), §33, comment b.

[56] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 109.

[57] In *Kurz v. Stella Musical GmbH* [1992] Ch. 196 at 202, J. Hoffmann defined "the time of the defendant's first defence" in the context of Art. 18 of the Brussels Convention as "the time when according to national procedure the defendant first states what his defence is".

[58] Especially as regards questions of restitution or unjust enrichment in the event of nullity of a contract, or certain aspects of civil liability, which may be regarded as contractual or non-contractual. This is akin to the problems of defining the boundary line between contract and tort which have been encountered in applying the Brussels Convention (see the *Kalfelis* judgment), which would be much more serious if there were no court to interpret the Convention.

[59] See the commentary on these Articles below.

caractère international d'objets mobiliers corporels. L'application de la disposition sur le for contractuel dépendra donc dans certains cas de la qualification donnée par la loi du juge saisi ou désignée par ses règles de conflit[60].

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

Lettre b) – *Prestation de services*

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

Lettre c) – *Prestations mixtes*

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

105 Ainsi qu'il ressort de l'examen des contrats pour lesquels un for contractuel est prévu, la Convention ne règle pas la matière contractuelle de façon exhaustive. De nombreux contrats échappent au domaine d'application de l'article 6. À leur égard, un for contractuel n'est pas disponible selon la Convention. Le juge saisi peut fonder sa compétence en la matière, le cas échéant, sur le for du défendeur ou le for élu par les parties ou le for de la succursale, ou encore sur d'autres compétences prévues par le droit national, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par la Convention. Il en est de même pour les catégories de contrats auxquelles l'article 6 se réfère, lorsque l'exécution n'a pas eu lieu et qu'aucune fourniture ni aucune prestation de services n'a été effectuée. L'article 6 ne s'appliquant pas dans ces cas, la compétence du juge saisi peut être établie sur la base des autres fors disponibles selon la Convention, y compris les fors prévus par le droit national, sauf si ces derniers tombent sous l'interdiction de l'article 18.

Article 7 – Contrats conclus par les consommateurs

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

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

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

Paragraphe 1

109 En vertu de ce paragraphe le consommateur peut porter son action devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle. La protection consiste donc à permettre au consommateur de déployer sa défense judiciaire dans l'environnement qui lui est propre, sans devoir se déplacer dans un pays étranger. S'agissant d'une compétence à la disposition du demandeur, elle ne déroge pas aux autres fors disponibles aux termes de la Convention, mais s'ajoute à ces derniers. Le

[60] Il est à noter, par ailleurs, que l'expression « objets mobiliers corporels » employée dans le texte français est rendue dans le texte anglais par « *goods* », qui correspondrait mieux au terme français « marchandises » ; il serait par conséquent peut-être préférable de retenir ce terme ainsi que le fait la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.*

[61] Voir M. Pelichet, « Mémoire sur les ventes aux consommateurs », Doc. prél. No 1 de mars 1979, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome II, *Ventes aux consommateurs*, p. II-7 à II-26.

[62] Voir aussi le Projet d'articles sur la vente aux consommateurs adopté par la Quatorzième session de la Conférence de La Haye (art. 1), *ibid.*, p. I-60.

law applicable to international sales of goods. Whether the provision on the contract forum is applied will therefore depend, in some instances, on the definition given by the law of the court seised or that designated by its conflict of law rules.[60]

102 The plaintiff can bring suit before the courts of the State in which the goods were supplied, in whole or in part. It is therefore necessary, in order for the court seised to have jurisdiction, for a principal obligation to have been performed. If that is the case, any action relating to the contract will be admissible, even if it does not bear upon the supply itself, but instead, for instance, on the validity of the contract. The term "in whole or in part" refers both to cases in which the goods were supplied entirely within one country, and cases in which only part was supplied in one country or in different countries. It is therefore possible for the plaintiff to apply to the courts of any country in which part of the goods were supplied (even a tiny part in relation to the whole of the contract) and to ask the court to decide upon all the issues arising from the contract. It is equally possible that the plaintiff may have several courts available to him, if part of the goods were supplied in a number of different countries. Although the connecting factor will often be of a purely factual nature, the process of ascertaining it does not necessarily exclude recourse to the conflict rules of the forum in order to decide where the supply took place, especially where the dispute is about whether the supply was in whole or in part.

Sub-paragraph b) – *Provision of services*

103 This category of contracts includes any contract for the provision of services. Here again, there is no definition of the term "services", and so the definition will depend to some extent on the court seised. Once more, the connection is with the State in which the services were performed, in whole or in part; the same considerations apply as to the supply of goods.

Sub-paragraph c) – *Combinations of goods and services*

104 This category of contracts covers those which involve both a supply of goods and the provision of services. In this case, deciding which is the forum of the contract implies a decision from the outset on which is the principal element of the contract. The same principle will then apply to this element as to the other categories of contract. The forum of the contract will therefore be in the State in which the main element was furnished, in whole or in part. It should be observed that this clause does not cover contracts relating to several different supplies of goods or to several services; for these, there will be no attempt to establish which is the main element. Consequently, its effect will be that where a contract involves both goods and services, it will not be possible to base jurisdiction on the place where the obligation to supply the goods or provide the services can be enforced.

105 On reviewing the contracts for which a contract forum is provided, it is evident that the Convention does not govern each and every category of contracts. There are many contracts which lie outside the scope of Article 6. For these, there is no contract forum under the Convention. The court seised may base its jurisdiction for these, as appropriate, on the defendant's forum, the forum chosen by the parties or the forum of the branch office, or indeed on other grounds of jurisdiction provided for by national law and which are not prohibited under the Convention. The same applies to the categories of contracts to which Article 6 refers, when there has been no performance and no services have been provided. As Article 6 does not apply in these cases, the jurisdiction of the court seised may be established on the basis of the other fora available under the Convention, including those available under national law, unless they are caught by the prohibition in Article 18.

Article 7 – Contracts concluded by consumers

106 This Article lays down special rules of jurisdiction for consumer contracts, in order to provide protection for a consumer who initiates court proceedings or has an action brought against him. In order to achieve their purpose, these grounds of jurisdiction take priority wherever they apply over the other grounds of jurisdiction laid down in the Convention, and also derogate from the national grounds of jurisdiction under Article 17.

107 The personal scope of Article 7 is defined by reference to the term "consumer". There are two standard options: one is to define the consumer as a person acting outside his trade or profession, and the other emphasises the specific purpose for which the person is acting, regardless of the context.[61] The Convention takes the second option, defining the consumer as a person who has concluded a contract "for a purpose which is outside its trade or profession". This solution is the same as the one adopted in other international Conventions, such as the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, concluded at Vienna on 11 April 1980, which excludes sales of goods for personal, family or domestic use (Art. 2(a)) and the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*, which has a similar provision (in Art. 2 *c)*),[62] and the Brussels Convention, which covers contracts concluded by a person "for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession" (Art. 13 (1)).

108 As for the other party to the contract, the personal scope of the clause is delimited by the fact that in concluding the contract this person acted in the course of its trade or profession, as specified in paragraph 2 or, as the similar wording in paragraph 1 *a)* has it, that the conclusion of the contract is related to trade or professional activities on its part.

Paragraph 1

109 By virtue of this paragraph, the consumer may bring suit before the courts of the State in which he is habitually resident. The protection therefore lies in enabling the consumer to use the weapons of a legal defence in his or her own environment, without having to go to a foreign country. The jurisdiction available to the plaintiff does not derogate from the other fora open to him or her under the Convention, but

[60] It should also be noted that the term "*objets mobiliers corporels*" in the French text appears in the English version as "goods", which is a closer equivalent of the French term "*marchandises*". It would perhaps be best to use this term in the French version, as is done in the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.*

[61] See M. Pelichet, "Memorandum on Consumer Sales", Prel. Doc. No 1 of March 1979, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome II, *Consumer sales*, pp. II-7-II-26.

[62] See also the draft Articles on consumer sales adopted by the Fourteenth Session of the Hague Conference (Art. 1), *ibid.*, p. I-60.

consommateur demeure ainsi libre d'utiliser le for du défendeur (art. 3), le for contractuel (art. 6) ou encore le for de la succursale (art. 9), dans les cas où ces derniers ne coïncident pas avec le for de protection.

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

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

Paragraphe 2

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

Paragraphe 3

113 Ce paragraphe vise à limiter la liberté dont disposent normalement les parties, en vertu de l'article 4, de choisir le for compétent pour connaître des différends nés ou à naître entre elles. Il s'agit de protéger la partie faible au contrat et d'éviter que la partie plus forte puisse lui imposer de soumettre des litiges éventuels à un tribunal peu commode pour sa défense. À la lumière du but de protection dont la disposition s'inspire, la restriction à la liberté d'élection de for n'est pas absolue. D'abord, elle ne vise pas tous les contrats de consommation, mais uniquement les contrats décrits au paragraphe 1, qui ont été conclus dans les circonstances indiquées par ce paragraphe. En outre, une élection de for doit toujours être admise en présence de deux conditions. La première concerne le moment où la convention attributive de compétence est conclue. Si la convention est postérieure au différend, elle est admissible. Le mot « différend » ne vise pas la soumission d'une action à un juge, mais plutôt le désaccord entre les parties sur une question déterminée, tel qu'une action en justice est imminente[65]. En deuxième lieu, la validité de la clause d'élection de for ne saurait être contestée lorsque, et dans la mesure où, sa portée est de permettre au consommateur de saisir un autre tribunal, en plus de ceux qui sont prévus par la Convention. Dans la mesure où la clause offre au consommateur un choix plus vaste, elle a en réalité pour effet de renforcer sa protection et il n'y a pas lieu de l'interdire. Les deux conditions ne sont pas cumulatives. Aussi, l'existence de l'une d'entre elles suffit pour valider l'élection de for. Quant aux autres conditions de validité de la convention attributive de compétence, l'article 4 s'applique, en vertu du renvoi exprès que lui fait le paragraphe 3[66].

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

Article 8 – Contrats individuels de travail

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

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

117 Quant à son domaine personnel, l'article 8 ne donne aucune définition de ce qu'il convient d'entendre par « tra-

[63] Il y a lieu de rappeler que le fonctionnement des dispositions de l'avant-projet de Convention pour les besoins du commerce électronique, tout en ayant été examiné par la Commission spéciale, était à nouveau examiné par un Groupe d'experts au début de l'an 2000 (voir le Doc. Prél. No 12 d'août 2000, ci-dessous p. 314 du présent tome).
[64] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 8 de novembre 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 49 et s.

[65] Voir en ce sens le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 12 à propos de la règle analogue figurant dans la Convention de Bruxelles.
[66] Voir dans le même sens le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 161, à propos de la disposition analogue de la Convention de Bruxelles, bien qu'elle ne contienne pas de renvoi à l'art. 17.

Rapport Nygh/Pocar

is additional to these. A consumer therefore remains free to use the defendant's forum (Art. 3), the forum of the contract (Art. 6) or even the forum of the branch (Art. 9) where the latter are not the same as the protective forum.

110 However, the option given to the consumer-plaintiff of using the forum of his habitual residence is not unlimited. It exists only where the person who concluded the contract in the course of its trade or profession has actively sought to reach the consumer in the country of the latter's residence.

111 Two conditions are made here: *a)* that the defendant has engaged in trade or professional activities in the State of the consumer's residence, or directed such activities to that State, in particular by soliciting business through means of publicity, and that the contract is related to these activities; and *b)* that the consumer has taken the steps necessary for the conclusion of the contract in that State. From the former point of view, any means of publicity whereby the consumer can be reached at his place of residence is covered by the clause; alongside the traditional means of communication (such as the post, the press, the telephone or television), electronic means of communication may also be used, where for instance publicity or an offer to contract are posted on the Internet.[63] Regarding the second aspect, it is essential for the consumer to have performed the activity required to conclude the contract in the country in which he lives, by whatever method, including using his computer to respond to an Internet offer. It follows that the jurisdictional rule does not apply if the consumer has gone abroad in order to contract, or has himself sent the contract offer, without the defendant carrying on any activity in the State of the consumer or directing any publicity towards that State.[64]

Paragraph 2

112 This paragraph establishes that a contract claim against the consumer by his co-contractor can only be brought before the courts of the State of habitual residence of the defendant, thus in the latter's general forum. Consequently, its effect will simply be to exclude in this case any other forum provided by the Convention, including the contract forum of Article 6. Here again, the protection consists of the advantage for the consumer of being able to defend a claim in one's own country and not being compelled to go abroad, if the contract forum is not the same as one's place of residence.

Paragraph 3

113 This paragraph aims to restrict the freedom normally enjoyed by the parties under Article 4 to choose the court with competence to deal with disputes which have arisen or may arise between them. It seeks to protect the weaker party to the contract and ensure that the stronger party cannot force him to submit such disputes to a court where he may find it difficult to defend himself. Because of the protective aim of this clause, the restriction on the freedom of choice of court is not absolute. In the first place, it does not affect all consumer contracts, only those described in the first paragraph and which have been concluded in the circumstances indicated in that paragraph. Moreover, a choice of court must always be allowed subject to two conditions. The first of these relates to the point in time when the agreement is made to confer jurisdiction. If the agreement is subsequent to the dispute, it will be admissible. The term "dispute" does not signify the submission of a case to a court, but rather, the disagreement between the parties on a particular matter, such that proceedings are imminent.[65] Secondly, the validity of the choice of court clause cannot be challenged if and to the extent that it enables the consumer to apply to another court, in addition to those specified in the Convention. As the clause offers the consumer extra choice, its actual effect is to bolster the protection available to him, and there is no reason to prevent this. The two conditions are not cumulative. Thus if one of them is satisfied, this will be enough to validate the choice of court. The other conditions for the validity of the agreement conferring jurisdiction are governed, under the express *renvoi* in paragraph 3, by the terms of Article 4.[66]

114 The question arises whether these restrictions on the choice of court are sufficient for the purposes of electronic commerce. This question was discussed in the Special Commission, and the clause was retained unaltered. However, proposals were made with a view to enabling States which consider that consumers established on their territory might enter into less restrictive choice of court agreements to accept that these agreements are valid as far as these consumers are concerned. These aspects may be gone into in greater detail during the Diplomatic Session.

Article 8 – Individual contracts of employment

115 Alongside the special rules on jurisdiction for contracts with consumers, the Convention provides special grounds of jurisdiction for individual contracts of employment. Here again, the aim is to take contracts in which, typically, there is an inequality of arms between the parties out of the reach of the ordinary rules of jurisdiction, and to furnish some protection for the weaker party at the stage when international jurisdiction has to be decided.

116 Although it was felt inadvisable to subject employment contracts to the rules of ordinary jurisdiction, the inclusion of specific rules on this topic in the preliminary draft Convention did not go unchallenged in the Special Commission. One argument for excluding employment contracts from the scope of the Convention was that practice in this field is changing: increasingly, workers are moving from place to place, so that it would be unwise to fence these phenomena about with the traditional criteria. Again, the resolution of disputes in this area is increasingly taking the form of alternative, non-judicial mechanisms such as mediation and conciliation. Finally, it was argued that employment questions are seen in a different light from one legal system to another, and that in many countries, especially in Latin America, these questions are dealt with by specialised courts of an administrative rather than a judicial nature. The Special Commission took due heed of these observations, but it felt that an explicit clause governing employment contracts would still be useful for the ordinary situations which continue to occur frequently in practice, and which call for a protective approach towards workers engaged in international activities.

117 As for the personal scope of Article 8, there is no definition of what is meant by an "employee". However, it is clear

[63] It should be remembered that the operation of the provisions in the preliminary draft Convention on electronic commerce, which was considered by the Special Commission, was reviewed by a group of experts which met early in 2000 (see Prel. Doc. No 12 of August 200, *infra* p. 315 of this tome).
[64] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 8 of November 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 49 *et seq.*

[65] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 12 on the comparable rule in the Brussels Convention.
[66] For a similar approach, see the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 161, in connection with the comparable provision in the Brussels Convention, which however does not contain any *renvoi* to Art. 17.

vailleur ». Il est toutefois clair que la disposition ne concerne essentiellement que les travailleurs salariés[67], quel que soit leur niveau d'encadrement[68], et ne vise pas les personnes qui exercent une activité professionnelle autonome. Les contrats conclus par ces dernières pourront, le cas échéant, tomber sous l'article 6.

Paragraphe 1

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

Lettre a) – *Actions du travailleur contre l'employeur*

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

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 2

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

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

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

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

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

[71] À ces dispositions il faudrait ajouter l'art. 9. Il serait d'ailleurs souhaitable que les dispositions du para. 3 de l'art. 7 et du para. 2 de l'art. 8 soient uniformisées.

that the clause is essentially only intended to cover salaried workers[67] at any level,[68] and does not relate to people carrying on an independent professional activity. Contracts concluded by the latter may fall under Article 6.

Paragraph 1

118 This paragraph indicates which courts may be used *a)* by an employee in proceedings against an employer and *b)* by an employer against an employee.

Sub-paragraph a) – *Actions by an employee against an employer*

119 As regards actions brought by an employee, the connecting factor in this clause is the place where the employee habitually carries out his work. There are two reasons for preferring this place: proximity and protection. First, the place where the work is done will usually be the same as the plaintiff's habitual residence, and this will make it easier for him to prepare his case. Second, the kind of work done and the way it is done can more readily be ascertained and proved at the place where it is done. Finally, it must not be forgotten that employment issues are often subject to a variety of substantive rules, either of public policy or of immediate application, which will have to be complied with by the court seised regardless of the law applicable to the employment relationship, so that the legislation of the place of employment will, to a large extent, apply to the dispute.

120 When an employee does not work or has not habitually worked in one and the same State, the connecting factor will be the place where the business that engaged him is or was situated. The choice of this connecting factor may be challenged, both from the viewpoint of the proximity of the employment relationship to the court designated as competent, when the place of recruitment is unconnected to the work done, and from the viewpoint of protecting the employee. However, it responds to a need for legal security and for procedural economy, by enabling the dispute to be focused on a single State. It should also be noted that this ground of jurisdiction will often lie in the defendant's general forum or the forum of one of its branches.

121 The grounds of jurisdiction which the Convention provides for an employee claimant are not presented as being to the exclusion of the other grounds which may be invoked under the Convention. Thus they are additional to the general jurisdiction of the State of the defendant's ordinary residence (Art. 3), the forum of the contract (Art. 6) and the forum of the branch (Art. 9). However, although there is no problem with the defendant's ordinary forum, it may be asked how Article 8, paragraph 1 *a)*, is supposed to operate in conjunction with Article 6. If the connection to the place where the work is done is normally only a feature of Article 6 when it refers to the place where services are performed, the connection to the place of the business which engaged the employee is in contradiction with the connection to the place where the services were provided in whole or in part, under Article 6 *b)*, in the sense that the purpose of this connection is to exclude jurisdiction in each of the places where the work was done.[69] In view of the wording of the preliminary draft Convention, it remains to be seen whether and how far the Article 8 fora will be additional to those in Article 6.

Sub-paragraph b) – *Claims by an employer against an employee*

122 In parallel to the provision for consumer contracts in Article 7, paragraph 2, the Convention lays down certain restrictions on the employer's freedom to bring an action against an employee, by limiting the fora open to him by comparison with those open to the employee. In this light, the first of the connecting factors indicated, as in Article 7, is the habitual residence of the employee, namely the general forum provided in Article 3. Thus the protection lies in the advantage for the employee of being able to prepare his defence in his own country, without having to travel for the purpose.

123 With the distinction that for consumers, this forum is not the only permissible ground of jurisdiction, the Convention provides an additional one for the courts of the State in which the employee habitually carries out his work.[70] It should be noted that sub-paragraph *b)* does not refer, as does sub-paragraph *a)*, to the place where the work has habitually been done in the past, but uses only the present tense to indicate the place of work. It follows that this forum is open to the employer only during the employment relationship, and once this has come to an end only the employee's habitual residence can be taken into consideration as a connecting factor. In any event, while the employment relationship is ongoing, the place where the work is habitually done will be the same as the employee's habitual residence.

124 Sub-paragraph *b)* is framed to prevent any overlap between this clause and the other fora available under the Convention. On the one hand, the defendant's general forum is incorporated in the framework of the clause; on the other hand, the protective purpose of the rule means that it should be interpreted as not adding any new grounds of jurisdiction for the employer to those which already exist, and instead as derogating from these.

Paragraph 2

125 The aim of this paragraph is to limit the freedom of the parties to select, under Article 4, the court with competence to deal with disputes which have arisen or may arise between them, in order to protect the weaker party from abuses by the stronger. The text is worded similarly to paragraph 3 of Article 7, which meets the same need for protection for consumer contracts, although it specifies that the reference to "other" courts means courts other than those indicated in either Article 8 or Article 3.[71] Reference should be made to the commentaries made for Article 7 above.

[67] Although there may be problems of definition in this respect, because of the tendency in some legal systems to treat a number of independent and salaried activities in the same way.

[68] The Convention will often be relevant to expatriation contracts for executive-level employees, often on short-term contracts, who do not have the same need for protection because their contracts are fully negotiated. Since the preliminary draft Convention does not allow for different treatment of these situations, this question can perhaps be discussed in greater detail at the Diplomatic Session.

[69] This difficulty does not arise with the comparable rule in Art. 5 of the Brussels and Lugano Conventions, because in these the connections to the place where the work is done and the business which engaged the employee are clearly stated as being features of the place where the contractual obligation in question is performed, and in any event they are not presented as alternatives to it.

[70] But not the forum of the place of the business which engaged the employee, which is open only to the employee. Thus the chosen solution is the same as in the Brussels Convention, whereas the Lugano Convention provides that the forum of the place of the business is open to both parties to the employment relationship. Moreover, the working group responsible for revising the two Conventions opted for the employer to have only the general forum of the worker's habitual residence.

[71] To these provisions must be added Art. 9. It would in any case be desirable to standardise the provisions of Art. 7, para. 3, and Art. 8, para. 2.

Article 9 – Succursales [et activité commerciale habituelle]

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

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

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

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

Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »

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

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

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

132 La disposition fait référence à l'État *dans lequel* une telle activité est exercée. Cette formulation diffère de celle qui est utilisée dans l'article 7(1) *a)* où sont utilisés les termes « activités que le défendeur a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État ». Bien évidemment, cette dernière formulation est beaucoup plus large que celle utilisée ici. Une simple publicité, par voie traditionnelle ou électronique à destination des résidents d'un État particulier à partir d'un autre État ne peut être analysée comme l'exercice d'une activité commerciale dans le premier État, à moins que cette publicité ne soit accompagnée de sollicitations plus pressantes ou que soit spécifié une adresse locale ou un numéro de téléphone où des achats peuvent être réalisés. Les questions soulevées par le commerce électronique ont été étudiées par une réunion d'experts au début de l'an 2000 (voir Doc. prél. No 12 d'août 2000, ci-dessous p. 314 du présent tome) et figuraient à l'ordre du jour d'autres réunions tenues avant la Session diplomatique.

[72] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), p. 26.

[73] La Convention Exécution de 1971 dans son art. 10(2) se réfère à un « établissement » ou à une « succursale » du défendeur. Voir aussi *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act* 1933 (Royaume-Uni), s. 5 (2) (a) (v) (« *office or place of business* »); *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (États-Unis d'Amérique) § 5 (5) (« *Business office* »).

[74] Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, voir *De Bloos c. Boyer*, *Rec.* 1976, p. 1497; *Blanckaert et Williams c. Trost*, *Rec.* 1981, p. 819. Dans le cadre de l'Angleterre et du Commonwealth, hors application de la Convention de Bruxelles, cf. *Adams c. Cape Industries Plc* [1991] ch. 433, spéc. p. 523 à 531.

[75] Voir pour les États-Unis d'Amérique, *Restatement (second) Conflict of Laws*, § 52, commentaire b (1971), fondé sur *Cannon Mfg Co. c. Cudahy Packing Co.* 267 US 33 (1925). Pour les juridictions d'Angleterre et du Commonwealth : *Adams c. Cape Industries Plc* [1991] ch. 433, spéc. p. 523 à 531. Voir aussi J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 138, No 88.

[76] Voir par exemple *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild SARL* (218/86), *Rec.* 1987, p. 4905.

[77] Mais il est inutile d'aller jusqu'à l'exigence de « liens commerciaux généraux continus et systématiques » posée par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans la décision *Helicopteros Nacionales de Colombia c. Hall* 466 US 408 (1984) pour l'exercice de la compétence générale fondée sur la poursuite d'une activité commerciale (« *doing business* ») dans l'État du for.

Article 9 – Branches [and regular commercial activity]

Jurisdiction based on "branch, agency or other establishment"

126 Article 9 confers jurisdiction over the defendant in respect of disputes relating to the activities of a branch, agency or other establishment of the defendant within the jurisdiction. The action may be based on contract or tort or any other basis, such as unjust enrichment. The action must be brought within the Contracting State where the relevant branch, agency or other establishment is situated. It is not necessary that the activity out of which the dispute arose occurred in that State. The words "is situated" refer to the time when the plaintiff brings the action. If the branch, agency or establishment is closed during the proceedings, jurisdiction is not lost thereby.

127 The concept of "branch, agency or other establishment" is not defined. However, the notion of a "branch jurisdiction" has significance in several legal systems. The exact term occurs in Article 5 (5) of the Brussels Convention and was in turn taken from existing bilateral treaties between the original Contracting States.[72] Other systems know the concept and tend to give it a similar content.[73] An essential aspect of the concept is that the branch, agency or other establishment either be an integral part of the parent organisation, such as a branch owned and run by the parent, or be under its immediate control and engaged in its business.[74] In each case the dependent body must operate from an office, that is to say, a fixed place of business.

128 A subsidiary, even one that is wholly owned by the parent, will not by that fact alone be regarded as falling within the definition of "branch, agency or other establishment" as long as it is maintained as a separate and distinct entity.[75] A subsidiary, like any other body or person who is not an integral part of the defendant's organisation, may attract jurisdiction over the defendant by acting as an agent of the defendant. However, there may be situations where the subsidiary is not maintained as a distinct and separate agency because the parent disregards the corporate boundaries (the "alter ego" or "fictitious" corporation), or a subsidiary or other body is held out to be an agent of the defendant.[76]

Jurisdiction based on "regular commercial activity"

129 The Special Commission agreed to place within brackets the words "or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means" as part of Article 9. The provision is inserted as part of Article 9 and not, as previously proposed, as a separate article which would replace or supersede the provisions of Articles 6 and 10, in order to indicate that it is primarily aimed at a broadening of the words "branch, agency or establishment" to include situations whereby the defendant conducts commercial activities within the State concerned by other, but analogous, means. It is therefore narrower in scope than the permitted national jurisdiction preserved in Article 18(2) *e)*.

130 The "other means" may be a body which does not qualify as a "branch, agency or other establishment" as explained above. It may be a wholly owned subsidiary of the defendant or even a body which is in different ownership, but is used by the defendant as its vehicle to conduct its commercial activities in a particular State, or it may consist of activities by the defendant itself within that State, such as attending at trade fairs and soliciting orders, without operating from the fixed base which would have the status of a "branch". Indeed, it is not the degree of ownership or formal control of the vehicle used by the defendant which is relevant, but the manner in which that vehicle, be it wholly owned or independent, is used to further the commercial activities of the defendant in the State concerned. The basic principle is that a party which seeks to derive gain from commercial activities in a particular State should be subject to the jurisdiction of that State in respect of claims arising out of those activities, notwithstanding the formal means employed for conducting those commercial activities. The provision, if accepted, will look to reality, not form. On the other hand, the words "branch, agency or other establishment" as explained above, depend primarily on the formal legal relationship between the subordinate entity and the defendant. The advantage of such a formal approach is that one can arrange one's affairs to avoid jurisdiction without losing commercial advantage in the State where the activity takes place. The disadvantage to consumers and other claimants in that State is obvious.

131 What amounts to "regular commercial activity"? In its context the word "regular" must mean "with regularity", that is to say, the commercial activity must be more than a single event, or even a series of isolated transactions, but must reoccur with a certain pattern over a period of time.[77] What amounts to "regular commercial activity" will depend on the facts and circumstances of each case. Both the quantity and the substantive effect of the activity will be relevant.

132 The reference is to the State *in which* such activity is carried out. This is in contrast to Article 7(1) *a)* where the words "activities that the defendant has engaged in or directed to that State" are used. That is, of course, a much broader formulation than the one used here. Merely directing advertising by traditional or electronic means at residents of a particular State from outside that State could not be described as carrying on commercial activity in that State, unless it is accompanied by more active solicitation or a reference to a local address or telephone number where orders can be placed. The questions raised by e-commerce were considered by a meeting of experts in early 2000 (see Prel. Doc. No 12 of August 2000, *infra* p. 315 of this tome) and on the agenda of further meetings held before the Diplomatic Session.

[72] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), p. 26.
[73] The 1971 Enforcement Convention in Art. 10(2) refers to an "establishment" or "branch" of the defendant. See also *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act* 1933 (UK) s. 5(2)(a)(v) ("office or place of business"); *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (US) §5(5) ("business office").
[74] See, in respect of the Brussels Convention: *De Bloos v. Bouyer* [1976] *ECR*, p. 1497; *Blanckaert and Williams v. Trost* [1981] *ECR*, p. 819; in relation to Anglo-Commonwealth law outside the Brussels Convention: *Adams v. Cape Industries Plc* [1992] Ch 433 at 523-531.
[75] See for the US: *Restatement (Second) Conflict of Laws* §52, comment b (1971) based on *Cannon Mfg Co. v. Cudahy Packing Co.* 267 US 33 (1925); for Anglo-Commonwealth jurisdictions: *Adams v. Cape Industries Plc* [1992] Ch. 433 at 523-531. See also J. Kropholler (*op. cit.* note 40), at p. 138, No 88.
[76] See, for example, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL* (218/86) [1987] *ECR*, p. 4905.
[77] But it need not go so far as the test of "continuous and systematic general business contacts" laid down by the United States Supreme Court in *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall* 466 US 408 (1984) for the exercise of general jurisdiction based on "doing business" within the forum.

Directement lié à cette succursale ou cette activité

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

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

Article 10 – Délits

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

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

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

Paragraphe 1

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

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

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

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

[78] Voir *Frummer c. Hilton Hotels International* 281 NYS 2d 41 (1967).
[79] Voir par exemple *Saab c. Saudi American Bank* [1999] 1 WLR 1861 (Cour d'appel d'Angleterre).
[80] Comparer avec la solution donnée dans le para. 3 de la décision rendue par la CJCE dans l'affaire *Somafer c. Saar Fernagas*, *Rec.* 1978, p. 2183.
[81] En particulier, il est à exclure qu'une notion autonome négative par rapport à la matière contractuelle, ainsi qu'elle s'est développée à propos de l'art. 5 (3) de la Convention de Bruxelles (voir arrêt *Kalfelis*) puisse être établie pour la Convention, ne fût-ce qu'en raison du fait que la notion même de contrat n'y est pas définie.
[82] Voir le commentaire à l'art. 27.
[83] Voir F. Pocar, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985-86, p. 71 à 80.
[84] Il faut rappeler en ce sens l'art. 5 (3) de la Convention de Bruxelles qui se réfère génériquement au lieu du fait dommageable, à propos de la qualification duquel la jurisprudence de la Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises, à partir de l'arrêt *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, 30 novembre 1976, 21/76.

Directly relating to that branch or that activity

133 The dispute must relate directly to the activity of that branch, agency or establishment, or, if the words in brackets are accepted, to that regular commercial activity. In common law countries the presence of a branch within the jurisdiction founds a general jurisdiction which is not restricted to any activities of the branch within the forum.[78] Such a general jurisdiction is inconsistent with the Convention, as indicated by Article 18(2) *e)*. It cannot even be maintained as national law under Article 17.

134 The requirement that the dispute must directly relate to the activity of the branch, agency or other establishment (or to that regular commercial activity) has to be determined as a question of fact in the circumstances of each case, particularly where, as may happen, the dispute arises in part out of activities of the branch and in part out of the activities of the principal office.[79] The word "directly" should not be read as "solely", it merely indicates that the connection should not be remote or incidental. It may not say much more than what is provided in Article 18(1). The dispute may arise out of the internal management of the branch, from its external commercial relations or from conduct in the course of its operations which incurs non-contractual liability.[80] The same can be said about regular commercial activity.

Article 10 – Torts or delicts

135 This Article defines a special jurisdiction for torts and delicts. The need for a forum for these was obvious to the Special Commission, since the courts of the defendant's forum are not always the best placed to ensure the sound administration of justice by comparison with the courts of the place where the tort or delict was committed. It should be added that in this field, the use of choice of court agreements is much less common than in matters of contract, so that the court chosen is not a real alternative to the defendant's forum. As the Special Commission dispensed with the option of providing for jurisdiction based on the activity, as pointed out in the commentary to Article 6, it was necessary to have jurisdiction for torts and delicts despite the difficulties involved in defining this subject area, as compared with contracts. In any event, it does not seem possible to give a separate definition of torts and delicts within the framework of the Convention.[81] Although the definition may result in varying solutions, it can only be made by a court seised under its own law or the law designated by its conflict of laws rules. However, the court seised to order enforcement of the decision may be asked not to characterise a new legal relationship when appraising the competence of the court of origin.[82]

136 As with contracts, the alternative which is offered for torts and delicts consists of deciding whether it is preferable to adopt a single rule, or rules specific to each tort or delict. Having considered several of these (road accidents, product liability, environment, competition, defamation), the Special Commission felt that a single rule could be adopted, as long as it took sufficient account of the range of situations which may arise in practice.

137 It should also be pointed out that the grounds of jurisdiction in Article 10 are extra alternatives to those offered in the Convention, such as the defendant's forum (Art. 3), choice of court (Art. 4) and the forum of the branch (Art. 9), as well as any grounds of jurisdiction which may be available under national law if permitted by Article 17.

Paragraph 1

138 This paragraph states the general rule in matters of tort. As is usual in national legal systems and in international Conventions, the place where the wrongful act was committed is the one which has to be taken into account.[83] However, instead of referring to this place in general terms and thus compelling the court to define it afterwards in order to take account of the concurring factors which identify it[84] – the act or omission and its effects –, the Convention reflects the more modern tendency to give the injured party a choice between the forum of the place of the act, and that of the place where its effects are felt, and directly states these options in the text of the clause. It is also clear that this distinction only gives the plaintiff a choice if the tort has been committed "at a distance" and its injurious effects are experienced in a country other than the one in which the act or omission was found to have taken place. Even if Article 10 does not directly deal with a situation in which all the elements of a tort or delict are present in the same State, it goes without saying that whichever of the two options the plaintiff chooses in that case, the same courts will have jurisdiction.

139 As for the option available in matters of tort where the elements are present in several different countries, this is justified by the advisability of choosing the court which is best placed in each specific case to deal with the issues arising from the wrongful act, but also of giving preference, in balancing the interests involved, to the position of the victim as compared with that of the party whose conduct was responsible for the injury. Nor must it be forgotten that this solution has an indirect impact on the question of the applicable law, in so far as it enables the plaintiff also to make a choice of court in the light of the law which the court will apply to his case.

Sub-paragraph a) – *Place of the act or omission*

140 The first option open to the plaintiff is to bring his action to the courts of the State in which the act or omission which caused the injury occurred. This is a meaningful connection, because it emphasises the proximity of the court to the cause of the injury, and reflects the fact that to establish liability it is necessary to ascertain the existence of a causal link between the conduct or omission and the injury. Moreover, it is at the site of the act or omission that the lawfulness of the defendant's conduct and the seriousness of his fault or negligence must be judged. In any case, in torts which take place at a distance, especially those related to the environment and to product liability, this connection will often overlap with the place of residence of the party responsible for the act or omission, and will not be a genuine alternative to the defendant's forum.

[78] See, *Frummer v. Hilton Hotels International* 281 *NYS* 2d 41 (1967).
[79] See, by way of example, *Saab v. Saudi American Bank* [1999] 1 *WLR* 1861 (English Court of Appeal).
[80] Compare the ruling given in para. 3 of the judgment of the ECJ in *Somafer v. Saar Ferngas* (33/78) [1978] *ECR*, p. 2183.
[81] In particular, the Convention cannot offer a separate negative definition by comparison with matters of contract, as has been done in Art. 5 (3) of the Brussels Convention (see *Kalfelis* judgment), if only because the actual notion of a contract is not defined in it.
[82] See the commentary to Art. 27.
[83] See F. Pocar, "Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985-86, pp. 71-80.
[84] In this connection we refer to Art. 5 (3) of the Brussels Convention. This contains a generic reference to the court of the place where the injury occurred. The European Court of Justice has several times given a ruling on the definition of this place, since the judgment in the case of *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, 30 November 1976, 21/76.

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

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

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

143 La détermination du lieu du dommage a soulevé une série de problèmes lorsque les effets directs de l'acte ou de l'omission et ses effets indirects se produisent dans des lieux différents[87]. Dans un pareil cas la production du dommage final n'a qu'une relation faible avec l'acte ou l'omission; c'est pourquoi la Convention mentionne le lieu « dans lequel le dommage a pris naissance », pour indiquer que c'est au lieu où sont survenus les effets directs de l'acte qu'il faut s'en tenir et que le préjudice indirect ne constitue pas un rattachement suffisant[88].

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

Paragraphe 2

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

Paragraphe 3

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

Paragraphe 4

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

148 Pour éviter ces conséquences, on pourrait envisager d'attribuer la compétence pour l'intégralité du dommage seulement au tribunal du lieu où la partie la plus importante du dommage s'est produite, mais cette solution se heurte à la difficulté de déterminer au préalable le montant du dommage,

[85] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 8 de novembre 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 74 et s.
[86] Voir Privy Council, in *Distillers Co. c. Thompson* (1971) AC 458.
[87] Voir par exemple CJCE, *Dumez France c. Helaba*, 11 janvier 1990, C-220/83, *Rec.*, p. I-49.
[88] Cette solution correspond à celle proposée par la CJCE dans l'arrêt *Marinari c. Lloyd Bank*, 19 septembre 1995, C-364/93, *Rec.*, p. I-2719.

141 The Convention does not offer any criterion for deciding the place of the act or omission. Accordingly, this can only be decided by the court on the basis of its national law, or the law applicable to the wrongful act which is submitted to it by virtue of its system of private international law. This is an especially delicate issue in matters of product liability, where the concept of an act or omission may be related to the manufacture of the product or to its sale or consumption.[85] Jurisdiction will be defined differently, depending on whether one or other of these aspects is brought in. For example, in courts following the English tradition of the common law, failure to give notice that a product is dangerous is deemed to occur at the time when it is finally sold to the consumer.[86] In other jurisdictions, it may be identified at the moment when the product is placed on the market, or even at the time of manufacture, thus adding to the number of fora available to the plaintiff.

Sub-paragraph b) – *Place where the injury arose*

142 The second option open to the plaintiff is that of the place where the injury has arisen. This too is a meaningful connection, since it emphasises both that a tort is a complex fact which is complete only when its effects are produced, and that in order to balance the interests of the parties, account must be taken of the position of the party which has suffered the injury. Moreover, in most cases this connection will provide an alternative to the defendant's forum, since it frequently happens that the place of the injury coincides with the domicile of the plaintiff, and thus represents an additional protective factor for him.

143 Defining the place of the injury has proved to be highly problematic when the direct effects of the act or omission and its indirect effects occur in different places.[87] In such a case the occurrence of the ultimate injury is only feebly linked to the act or omission. This is why the Convention mentions the place "in which the injury arose", to indicate that it is the place where the direct effects of the act occurred which must have priority, and that indirect harm is not a sufficient connecting factor.[88]

144 Although limited in the manner just described, the connection to the place of the injury was regarded by the Special Commission as being too severe on the person who is alleged to be responsible, because it may cover any direct injury which occurs in any State, and it will be beyond the power of the person responsible for the act or omission to control its effects. The clause therefore introduces the concept of predictability of the effects of the wrongful act, and establishes that jurisdiction will only lie at the place of the injury if the person alleged to be responsible could reasonably have foreseen injurious consequences from his act or omission in that place. From this point of view, the injury to be taken into consideration is of the same kind as that complained of by the plaintiff; this makes it possible to refer specifically to the subject of the dispute, which will probably bear upon the predictability of the injury. For this purpose, in order not to complicate the plaintiff's situation in the proceedings, the burden of proving that the injury was not predictable falls on the defendant, who will normally be the person who is alleged to be responsible.

Paragraph 2

145 This paragraph aims to exclude any reference to the place where the injury arose when the injury in question arises from practices contrary to the anti-trust rules, whether these are practices arising from abuse of a dominant position or from conspiracy to inflict economic loss. This clause was adopted almost without debate by the Special Commission. It seems to meet the concern to avoid, in matters of competition, the possibility of a number of different actions relating to the same wrongful conduct, in the event that the tort has given rise to injury in several States, and to concentrate actions based on tort in the State in which the act causing the injury took place, thus ensuring that it coincides with the market whose rules have been breached by the person who is alleged to be responsible. However, this provision is not in line with the effect theory generally accepted in competition matters.

Paragraph 3

146 The aim of this paragraph is to establish jurisdiction of a preventive kind, to prevent either the act or omission, or the occurrence of injury. This ground of jurisdiction is established under the same conditions as those required for an action for injury which has already occurred. It should be noted, however, that when the plaintiff seeks to rely on the connecting factor of the possible occurrence of injury, he will have to prove that this is a possibility; it is not for the defendant to prove that the occurrence of the injury would not be predictable if the act or omission took place. It should also be observed that this action does not necessarily coincide with a request for interim measures on the same subject matter. Although the coincidence may be found in practice to be present, the action dealt with in paragraph 3 is intended to result in a final decision, not merely a provisional or interim measure. Different consequences might also arise at the stage when the decision is recognised.

Paragraph 4

147 The aim of this paragraph is to regulate the situation which arises if the same act or omission causes injury in several different States. In such a case, there is no doubt that the court which has jurisdiction according to paragraph 1 *a)*, namely the court of the place where the act or omission occurred, would be competent to rule on the whole of the situation, and thus on the whole of the injury. It is a different matter when the court is seised only because of the connecting factor in paragraph 1 *b)*, namely the connection to the place where the injury originated. In this case, it is doubtful whether the courts of the place where part of the injury occurred could also have jurisdiction to decide on injury which occurred in the other countries. This solution would result in the plaintiff having a number of different options, and could even enable him to bring an action before the courts of the place where only a small part of the injury occurred, and lodge a claim there for the whole of the damage. This would be an inequitable outcome for the author of the injury; having caused only minimal damage in one country, he could be taken to court in that country and have to answer there for damage which has occurred elsewhere.

148 To avoid these consequences, jurisdiction for the whole of the damage could be given only to the courts of the place where the greater part of the damage has occurred; but the difficulty with this solution is how to determine from the outset the amount of the damage, something which cannot in

[85] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 8 of November 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 74 *et seq.*
[86] See Privy Council, in *Distillers Co. v. Thompson* (1971) AC 458.
[87] See, for example, European Court of Justice, *Dumez France v. Helaba*, 11 January 1990, C-220/83, *ECR*, p. I-49.
[88] This is the solution proposed by the European Court of Justice in its judgment in *Marinari v. Lloyds Bank*, 19 September 1995, C-364/93, *ECR*, p. I-2719.

qui ne pourra en principe être quantifié qu'après l'examen de la demande au fond. On pourrait également, ainsi qu'on l'a proposé, limiter la compétence de chaque juridiction au dommage survenu en ce lieu[89]. Cette solution revient toutefois à imposer à la personne lésée l'obligation d'intenter une série d'actions parallèles pour être indemnisée, qui pourraient se révéler trop coûteuses, ou bien de recourir au for de l'acte ou omission. C'est une solution qui finirait en pratique par priver le demandeur de l'option du lieu du dommage.

149 La Commission spéciale a choisi une autre solution pour tenir compte des intérêts en cause. Par conséquent, le paragraphe 4 affirme le principe que les tribunaux de l'État du dommage ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet État, mais avec une restriction. Si la partie lésée a sa résidence habituelle dans le pays où elle réclame le dommage, le tribunal saisi est compétent pour l'intégralité de celui-ci. En d'autres termes on exige, pour attribuer cette compétence élargie au juge du lieu du dommage, l'existence d'un autre rattachement, à savoir la résidence habituelle de la partie lésée. C'est une solution qui évite une pluralité des fors, tout en gardant l'option à la disposition du demandeur prévue par le paragraphe 1.

Article 11 – Trusts

Sens du terme « trust »

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

Paragraphe 1

151 Les mots utilisés dans la première partie de la première phrase du paragraphe 1 doivent être compris comme s'appliquant aux deux paragraphes de l'article 11. En d'autres termes, ils définissent le type d'actions et le type de trusts auxquels s'applique l'ensemble de l'article 11. La mention, dans le paragraphe 2, de l'absence d'une élection de for vise l'absence d'une telle désignation dans l'acte constitutif de trust et ne concerne pas l'hypothèse où un tel acte n'existe pas. De la même façon, les actions qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre du paragraphe 2 sont celles qui sont décrites dans le paragraphe 1.

152 L'article s'applique aux actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust. Selon l'article 8 de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, qui, sur cette question, est représentatif des solutions de *common law*, ces questions relèvent de la loi applicable au trust. À moins qu'une disposition contraire soit adoptée, cette loi est fréquemment la loi du tribunal expressément désigné. La compétence est limitée aux litiges internes au trust, c'est-à-dire qui surgissent entre le *trustee* ou le constituant et le bénéficiaire du trust. Pour les litiges opposant les parties au trust et les tiers, la compétence doit être établie en application des autres dispositions de la Convention.

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

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

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

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

[89] C'est la solution retenue par la CJCE dans l'arrêt *Shevill c. Press Alliance*, 7 mars 1995, C-68/93 en matière de diffamation par le moyen de la presse, *Rec.*, p. I-450.
[90] Cette Convention a jusqu'ici été ratifiée par les pays suivants : Australie, Bulgarie, Chine (pour la Région administrative spéciale de Hong Kong uniquement), Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni. Malte a adhéré à la Convention. Elle a été signée par Chypre, la France, le Luxembourg et les États-Unis d'Amérique.
[91] Cette limite est aussi celle de la Convention Trust de 1985, voir son art. 3.
[92] Pour des exclusions similaires voir la Convention Trust de 1985, art. 4.
[93] Voir *supra*, les commentaires sur l'art. 4, pour quelques uns des problèmes qui peuvent se poser dans l'hypothèse de la désignation générale des tribunaux d'un État comportant plusieurs systèmes juridictionnels.

principle be quantified until the application has been heard on its merits. One could also adopt the proposal to limit the competence of each jurisdiction to the damage which has occurred in that place.[89] However, this solution amounts to imposing on the injured party the obligation to bring a series of parallel actions in order to win damages, which might be too expensive, or to have recourse to the forum of the act or omission. This solution would ultimately deprive the plaintiff of the option of the place of the injury.

149 The Special Commission has chosen a different solution, in order to take account of the interests involved. Thus paragraph 4 states the principle that the courts of the State of the injury have jurisdiction only for an injury which occurred or may occur in that State, but with one restriction. If the injured party has his habitual residence in the country where damages are claimed, the court seised will be competent to rule on the whole of the damage. In other words, in order to confer this enlarged jurisdiction on the courts of the place of the injury, another connecting factor is required, namely the habitual residence of the injured party. This solution avoids a plurality of different fora, while retaining the option for the plaintiff provided in paragraph 1.

Article 11 – Trusts

The meaning of "trust"

150 The term "trust" is not defined in the Convention. It is essentially a common law concept and may not be known in other legal systems. However, it is defined in Article 2 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* for the purposes of that Convention.[90] Since that definition recites the attributes of a trust according to existing common law concepts, reference to that definition will be instructive should any question of definition arise.

Paragraph 1

151 The words in the first sub-sentence of paragraph 1 should be read as governing both paragraphs in Article 11. In other words, they define the type of proceedings and type of trust to which Article 11 as a whole applies. The reference in paragraph 2 to the absence of a designation of the forum refers to the absence of such designation in the relevant document and does not cover the situation where there is no such document. Similarly, the proceedings that may be brought under paragraph 2 are the type of proceedings described in paragraph 1.

152 The Article applies to proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust. According to Article 8 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* which on this point reflects established common law doctrine, these matters are determined by the law governing the trust. Unless provision is made to the contrary, that law is likely to coincide with that of the expressly designated forum. The jurisdiction is confined to disputes which are internal to the trust, that is to say, which arise between the trustee or settlor and the beneficiaries of the trust. Jurisdiction in respect of disputes between the parties to the trust and third parties must be established under other provisions of the Convention.

153 The Article applies to a trust created voluntarily and evidenced in writing whether between living persons or by testament.[91] It does not include situations whereby at common law a resulting or constructive trust is imposed by law. Although the trust must be created voluntarily it need not be the product of an agreement: it can be created unilaterally by a trust deed or in a testamentary instrument. Even where it is created by agreement it falls outside the scope of Article 4(1) and (2). It follows that the choice of forum is binding on persons who are beneficiaries under the trust even though they have never given their consent or ratification to that choice. The exclusion of wills and succession from the substantive scope of the Convention does not conflict with the express inclusion of testamentary trusts in Article 11. The exclusion means that preliminary issues, such as questions as to the validity of the will and its interpretation even in so far as they relate to the validity and meaning of the trust, are excluded. But other issues arising in the course of administration of a testamentary trust which has been validly created are covered by Article 11.[92]

154 If the instrument designates the courts of a Contracting State as the forum for proceedings of the type to which the Article applies, the courts of that State shall have exclusive jurisdiction whether or not the jurisdiction is expressed to be exclusive. Although the provision in the first sentence refers to "the courts of a Contracting State", the instrument may designate either a specific court within a Contracting State or the courts of a Contracting State generally.[93] The second sentence refers more correctly to "a court or courts of a non-Contracting State" and it cannot be assumed that those categories, at least in this respect, are to be treated differently.

155 The second sentence deals with the designation of a court or courts of a non-Contracting State. In that case the Convention cannot, of course, confer jurisdiction, but provides merely that courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction. The choice of dismissing the proceedings or suspending them until the other court has had the opportunity of determining whether it will take jurisdiction is for the court seised to make. It can be expected that the court seised will not normally decline jurisdiction unless it is satisfied that the other court has jurisdiction.

156 Since Article 17 is not expressed to be subject to Article 11(1) it could be argued that a derogated court can assume jurisdiction under national law despite the exclusive jurisdiction of the court designated in the trust instrument. This may not be intended. The type of exclusive jurisdiction referred to in Article 11(1) is similar to that arising out of a choice of court agreement under Article 4 which does prevail over Article 17. Furthermore, the restraints imposed by Articles 7, 8 and 12 are also applicable to choice of court stipulations under Article 11(1). Like the exclusive jurisdiction under Article 4, the exclusive jurisdiction of the designated court under Article 11(1) can be displaced under Article 5 if the defendant proceeds on the merits in another court without contesting jurisdiction.

[89] This is the solution adopted by the European Court of Justice in the judgment *Shevill v. Press Alliance*, 7 March 1995, C-68/93, in a case concerning press defamation, *ECR*, p. I-450.

[90] The Convention has been ratified so far by: Australia, Bulgaria, China (for the Hong Kong SAR only), Italy, the Netherlands and the United Kingdom. Malta has acceded. It has been signed by Cyprus, France, Luxembourg and the United States of America.

[91] This is also the limit of application of the 1985 Trusts Convention, see its Art. 3.

[92] See, for a similar exclusion, the 1985 Trusts Convention, Art. 4.

[93] See the comments on Art. 4 above, for some of the problems that may arise out of a general designation of a multi-jurisdictional State.

Paragraphe 2

157 Le paragraphe 2 traite de la situation, probablement la plus courante, où l'acte constitutif de trust ne désigne pas un tribunal ou des tribunaux. Dans ce cas, les actions décrites dans le paragraphe 1 peuvent être mises en œuvre devant plusieurs fors, si tant est qu'ils se distinguent, au choix du demandeur et sans hiérarchie particulière. Ces fors sont:

Lettre a) – *L'État dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust*

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

Lettre b) – *L'État dont la loi est applicable au trust*

159 Encore une fois, l'acte constitutif de trust peut désigner la loi applicable au trust. Si tel n'est pas le cas, pour les États parties à la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, la loi applicable sera, selon l'article 7, «la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits», compte tenu de différents indices énumérés dans l'article tels que: le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, le lieu de situation des biens du trust, le lieu de résidence et d'établissement du *trustee*, les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis. Les pays de *common law* qui ne sont pas Parties à la Convention Trust de 1985 suivront aussi probablement ces règles, qui reflètent les solutions de la *common law*.

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

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

Article 12 – Compétences exclusives

161 Cet article prévoit une série de compétences exclusives, dans le sens qu'elles s'appliquent indépendamment de la résidence habituelle des parties, et même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans l'État du juge saisi (art. 2(1) *b)*), n'admettent aucune prorogation de for (art. 4 et 5), et ne permettent aucune litispendance et aucun refus d'exercer la compétence (art. 21 et 22). La nature exclusive de ces compétences devrait aussi impliquer, bien que l'avant-projet de Convention ne se prononce pas sur ce point, que les tribunaux saisis en violation de ces compétences se déclarent d'office incompétents. L'opportunité de prévoir des compétences exclusives dans la Convention a été longuement débattue au sein de la Commission spéciale. S'il est vrai que la plupart des systèmes juridiques nationaux connaissent de telles compétences exclusives, et qu'elles trouvent également leur place dans des Conventions régionales[94], on peut s'interroger sur l'opportunité de les insérer dans une convention mondiale, dans le cadre de laquelle l'utilité pratique d'une distribution trop rigide de la compétence des États pourrait être contestée. C'est pourquoi la Commission spéciale a limité le nombre et l'étendue des compétences exclusives, en les restreignant aux seuls cas où leur utilité est certaine.

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

Paragraphe 1

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

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

165 Les raisons qui militent en faveur d'une compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers ne justifient qu'en partie une compétence exclusive en matière de baux d'immeubles. Dans ce domaine ce n'est pas seulement la né-

[94] Voir notamment art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

[95] Pour une discussion de cette question, eu égard à la Convention de Bruxelles, qui ne donne pas plus d'indication à ce sujet, voir G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Librairie Dalloz, 1972, Nos 164 et s.; J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 101 et s.

[96] Voir, pour ces justifications du for de l'immeuble, le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (1).

[97] La question de savoir quand on est en présence d'un droit réel au sens strict du terme reste à apprécier à la lumière des différents systèmes nationaux. Ainsi, par exemple, les «*equitable interests*» connus du *common law* peuvent, le cas échéant, être considérés de la même façon que des droits réels, lorsqu'on peut les faire valoir contre quiconque. Voir à propos de la règle analogue de l'art. 16 (1) de la Convention de Bruxelles, le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 167.

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

[99] Voir L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Butterworths, 1983, p. 79; voir aussi J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 104.

Paragraph 2

157 Paragraph 2 deals with the situation, likely to be more common, where the trust instrument does not designate a court or courts. In that case the proceedings relating to the matters described in paragraph 1 may be brought in a number of fora, in so far as they differ, at the option of the plaintiff without any specific hierarchy. They are:

Sub-paragraph a) – *The State in which is situated the principal place of administration of the trust*

158 This place may be designated by the settlor in the trust instrument. If not, the answer will depend on where the trustees habitually reside, where they meet and whether the day-to-day administration of the trust is in the hands of another body.

Sub-paragraph b) – *The State the law of which is the law applicable to the trust*

159 Once again the trust instrument may nominate what shall be the law applicable to the trust. If not, for those States that are Parties to the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, the trust will be governed under Article 7 of that Convention by "the law with which it is most closely connected", taking account of the factors set out in that Article, such as: the place of administration of the trust designated by the settlor, the situs of the assets of the trust, the place of residence and business of the trustee, and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled. Common law countries which are not Parties to the 1985 Trusts Convention are likely to follow these rules also since they reflect the common law.

Sub-paragraph c) – *The State with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings*

160 Normally this will coincide with the place indicated under sub-paragraphs *a)* or *b)* above. However, since *c)* refers to a link with the State and *b)* by inference to a link with the law of closest connection, it is possible that they may differ.

Article 12 – Exclusive jurisdiction

161 This Article provides for a number of grounds of exclusive jurisdiction, to apply irrespective of the habitual residence of the parties, and even if all the parties are habitually resident in the State of the court seised (Art. 2(1) *b)*). It excludes any choice of court (Arts 4 and 5) and does not allow *lis alibi pendens* or declining jurisdiction (Arts 21 and 22). Although the preliminary draft Convention does not say so, the exclusive nature of these grounds of jurisdiction will also imply that if other courts are seised nonetheless they must automatically rule that they lack jurisdiction. There were lengthy debates in the Special Commission on whether it is desirable to provide for exclusive grounds of jurisdiction in the Convention. Although it is true that most national legal systems have such grounds of jurisdiction, and they are also found in regional Conventions,[94] it is far from certain that they ought to be included in an international convention, as in this context it might be argued that there is little practical value in arranging too rigid a distribution of State jurisdiction. For this reason, the Special Commission has limited the number and extent of the categories of exclusive jurisdiction, confining them to instances where they are found to be useful.

162 In providing for exclusive grounds of jurisdiction, the preliminary draft Convention confers them on the "courts of the Contracting State" in which is found the connecting factor underlying the exclusive jurisdiction. It does not determine what the outcome will be if the same connecting factor is found in a non-Contracting State. It therefore remains to be seen whether and how far Contracting States are bound to respect the other grounds of jurisdiction provided in the Convention if there is, in a non-Contracting State, one of the connecting factors deemed in this Article to be exclusive. Since there is no express indication in the Convention, and as it is understood that the Convention cannot confer jurisdiction on the courts of non-Contracting States, the problem can only be solved according to the national law of each Contracting State, which will have to specify to what extent the exclusiveness may act in favour of a non-Contracting State.[95]

Paragraph 1

163 This paragraph establishes exclusive jurisdiction in matters to do with immovable property, depending on the connection with the State in which the immovable is situated. This jurisdiction covers two kinds of proceedings: those concerning rights *in rem*, and those concerning tenancies of immovable property.

164 The exclusive jurisdiction of the courts of the State in which the immovable is situated where rights *in rem* are concerned is warranted by the fact that proceedings in this area usually involve findings of fact, investigations and verifications on the spot, which may be easier to carry out at the place where the immovable is situated. Moreover, such proceedings often involve the alteration of registers or other kinds of public document.[96] The concept of proceedings concerning rights *in rem* may be open to differing interpretations in different legal systems. In view of the Special Commission's intention that exclusive jurisdiction should be limited in its reach, this concept should be interpreted as relating only to proceedings concerning ownership or possession of or rights *in rem* to the immovable, not proceedings about immovables which do not have as their object a right *in rem*.[97] In other words, the action must be based on real rather than personal rights[98] or, if one may use this term, it must be aiming for recognition of a right "as against the world".[99]

165 The reasons for having exclusive jurisdiction for rights *in rem* apply only in part where tenancies of immovable property are concerned. In this area the need for on-site findings

[94] For example, Art. 16 of the Brussels and Lugano Conventions.

[95] For a discussion of this issue, in the light of the Brussels Convention, which also omits to mention the subject, see G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Librairie Dalloz, 1972, Nos 164 *et seq.*; J. Kropholler (*op. cit.* note 40), pp. 101 *et seq.*

[96] For these arguments in favour of the forum of the immovable, see the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (1).

[97] The question when a right *in rem* is involved, in the strict sense of the term, has to be judged in the light of the various national systems. For instance, in the common law systems "equitable interests" to which claims can be laid against third parties may be regarded as akin to rights *in rem*. For the comparable rule in Art. 16 (1) of the Brussels Convention, see the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 167.

[98] In this connection, see *Webb v. Webb*, European Court of Justice, 17 May 1994, C-294/92. This judgment finds that there is no real property aspect to an action seeking to establish that a person was holding an immovable as a trustee, and to order him to draw up the necessary documents to enable the applicant to acquire legal ownership. See also the critical observations by J.P. Beraudo, *Revue critique*, 1995, pp. 130 *et seq.*

[99] See L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths, 1983, p. 79; see also J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 104.

cessité de constatations sur place, qui d'ailleurs n'existe pas toujours, mais plutôt la considération que le contrat de bail d'immeuble est souvent soumis à un régime spécial, de nature complexe, ayant parfois un caractère impératif, qui incite à confier exclusivement aux tribunaux de l'État dans lequel ces règles sont en vigueur la tâche de les appliquer.

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

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

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

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

Paragraphe 2

170 Ce paragraphe prévoit une compétence exclusive pour les actions portant sur la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales, ainsi que sur la validité ou la nullité des décisions de leurs organes. La prévision d'une compétence exclusive à cet égard s'inspire de la disposition analogue des Conventions de Bruxelles et de Lugano, mais avec une portée plus restreinte, dans la mesure où elle ne vise que les personnes morales; les sociétés et associations non enregistrées dépourvues de personnalité juridique sont par conséquent exclues de son domaine[103]. Il faut encore souligner que si à propos des actions portant sur la personne morale elle-même l'attribution d'une compétence exclusive ne soulevait pas de problèmes graves, la Commission spéciale a beaucoup hésité avant de prévoir une compétence exclusive pour les actions concernant les organes de la personne morale. L'opportunité d'une compétence exclusive a enfin été retenue, dans le but d'éviter une pluralité de fors en la matière et de parvenir à une meilleure sécurité juridique, étant entendu cependant que la règle doit être interprétée d'une manière stricte, qui évite que des actions portant sur les conséquences d'une décision de la personne morale puissent tomber sous l'empire de la règle.

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

Paragraphe 3

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

Paragraphe 4

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

[100] L'avant-projet de Convention adopte une solution unique pour tous les baux d'immeubles, qu'ils soient de nature commerciale ou autre, bien que l'on puisse se poser la question de savoir si, à la lumière des considérations invoquées en faveur d'une compétence exclusive, un traitement uniforme est justifié.
[101] *Rösler c. Rottwinkel*, CJCE, 15 janvier 1985, 241/83.
[102] Voir en ce sens le texte de la dernière révision proposée de la Convention de Bruxelles, tel qu'il résulte de la proposition de la Commission au Conseil du 14 juillet 1999, doc. COM (1999) 348 final.
[103] L'art. 16 (2), des Conventions de Bruxelles et de Lugano vise au contraire des « sociétés ou personnes morales », en incluant également des entités qui n'ont pas de personnalité morale.
[104] Voir le commentaire à l'art. 3.
[105] Une solution basée sur le droit international privé se retrouve également dans la Convention de Bruxelles, bien qu'elle joue par l'intermédiaire de la notion de siège de la société ou personne morale.
[106] Voir à ce sujet, pour la Convention de Bruxelles, H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 93.
[107] Voir en particulier l'art. 16 (3), des Conventions de Bruxelles et de Lugano.
[108] Car Jenard dans son rapport (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (3), s'exprime dans un sens différent.
[109] Ainsi B. Von Hoffmann, *AWD*, 1973, p. 62.

Rapport Nygh/Pocar

does not always exist. But the tenancy contract will often be subject to a complex special regime, sometimes of a binding nature, which prompts the consideration that the task of applying these rules should be entrusted exclusively to the courts of the State in which the rules are in force.

166 For these reasons, the preliminary draft Convention provides that the Contracting State in which the property is situated will have exclusive jurisdiction for tenancies of immovable property.[100] This form of jurisdiction is quite separate from that relating to rights *in rem*, as it is exercised exclusively for proceedings in which ownership or other real property rights are not in issue.

167 In any event, exclusive jurisdiction in this field must necessarily be limited to situations in which the above justifications apply. The precedent of the Brussels Convention, in which the original text did not set any limit to this exclusive jurisdiction, is enlightening. The difficulties encountered in practice in applying Article 16 (1) of that Convention, which are borne out in the case law of the European Court of Justice,[101] have resulted in the clause being revised to restrict its scope, excluding tenancies entered into for a short period for temporary personal use, on condition the tenant is a natural person and that both the tenant and the owner are domiciled in the same Contracting State.[102]

168 From the same point of view, the preliminary draft Convention removes from the exclusive jurisdiction of the State where the immovable is situated tenancies of immovables in which the tenant habitually resides outside that State. It should be noted that the scope of this exception is much wider than in the Brussels Convention, because it is not conditional upon the duration and use made of the tenancy or the status of the parties involved, nor is it subject to their being resident in the same State. It must also be pointed out that unlike the Brussels Convention, which leaves untouched the jurisdiction, albeit non-exclusive, of the courts of the State where the immovable is situated, the clause in the preliminary draft Convention implies that when the tenant is not habitually resident in that State, its courts will not have jurisdiction of any kind, even non-exclusive, under the Convention.

169 Proceedings concerning tenancies of immovables in that situation are governed as to jurisdiction by the other provisions in the Convention (defendant's forum, contract forum, choice of court, etc.) where these apply in a particular case, or by the national law of the State of the court seised. In that respect, it is also possible for the State in which the immovable is situated to make provision in its national law, under Article 17, for its courts to have jurisdiction in these cases.

Paragraph 2

170 This paragraph provides exclusive jurisdiction for proceedings concerning the validity, nullity or dissolution of legal persons, and the validity or nullity of decisions of their organs. The provision for exclusive jurisdiction for these is derived from the similar provision in the Brussels and Lugano Conventions, but its scope is more restricted, since it relates only to legal persons; accordingly, unregistered companies and associations without legal personality are outside its reach.[103] It should also be pointed out that although there were no serious problems in conferring exclusive jurisdiction for proceedings relating to the legal person itself, the Special Commission was very hesitant to provide exclusive jurisdiction for proceedings relating to the organs of the legal person. It was finally decided that it was best to opt for exclusive jurisdiction, in order to avoid a plurality of fora in this field and to achieve greater legal security, on the understanding however that the rule is to be interpreted strictly, to ensure that the rule is not applied to proceedings relating to the consequences of a decision made by the legal person.

171 It can be problematic to decide which connecting factor should be chosen as the basis for this exclusive jurisdiction, because of the difficulty of determining which is the closest link between a legal person and a State, and because of the different ways in which this problem is resolved in comparative law. Having decided against a reference to the statutory seat, which is not a regular feature in all legal systems, and finding itself unable to adopt the solution of the defendant's general forum – which would have resulted in a plurality of fora[104] –, the Special Commission adopted the criterion of a connection to the State whose law governs the legal person. This solution has the disadvantage that jurisdiction depends on the application of a conflict of laws rule,[105] however it seeks to ensure that there will be a significant link between the legal person and the State whose courts are exercising jurisdiction. Moreover, in many cases this will be the law under which the legal person was incorporated, although the possibility of concurrent exclusive jurisdiction in this field cannot be excluded, being an inevitable consequence of having recourse to private international law of Contracting States.[106]

Paragraph 3

172 The Special Commission had no difficulty in making provision in this paragraph for exclusive jurisdiction for the courts of the Contracting State in which a register is kept, in the case of proceedings concerning the validity or nullity of entries in the register. This is a traditional form of jurisdiction which is found in the national law of several States, and in other international conventions.[107] It should be made clear[108] that this jurisdiction covers only the validity of entries in registers and does not extend to the legal effects of the entries.[109]

Paragraph 4

173 This paragraph establishes exclusive jurisdiction in intellectual property matters, as regards patents, trademarks, designs and models, and other similar rights which have to be deposited or registered. Jurisdiction is conferred on the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for or has taken place or, where appropri-

[100] The preliminary draft Convention adopts the same solution for all tenancies of immovable property, whether commercial or other premises, although it may be asked whether uniform treatment is desirable in view of the considerations prompting exclusive jurisdiction.
[101] *Rösler v. Rottwinkel*, European Court of Justice, 15 January 1985, 241/83.
[102] See the text of the most recent proposed revision of the Brussels Convention, based on the Commission's proposal to the Council on 14 July 1999, doc. COM (1999) 348 final.
[103] Art. 16 (2) of the Brussels and Lugano Conventions, on the other hand, refers to "a company or legal person", and includes entities without legal personality.
[104] See the commentary to Art. 3.
[105] In the Brussels Convention there is also a solution based on private international law, although it operates through the concept of the seat or headquarters of the company or legal person.
[106] On this point, for the Brussels Convention see H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 93.
[107] See especially Art. 16 (3) of the Brussels and Lugano Conventions.
[108] Since Jenard in his Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (3), expresses a different view.
[109] See B. Von Hoffmann, *AWD*, 1973, p. 62.

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

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

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

Paragraphe 5

176 Ce paragraphe concerne le dernier problème qu'on vient d'examiner sous le paragraphe 4 et pourrait être adopté si la portée de la compétence exclusive de l'État du dépôt ou d'enregistrement devait comprendre les actions en violation d'un droit de propriété industrielle. Il prévoit en effet qu'en ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un brevet, la compétence de l'État du dépôt ou d'enregistrement ne serait pas exclusive, mais concurrente avec les autre fors prévus par la Convention ou ceux établis en vertu du droit national, dans le respect, bien entendu, de l'article 17. Ce paragraphe reviendrait à limiter la portée du paragraphe 4, qui n'aurait, en matière d'actions portant sur la violation d'un brevet, que la fonction d'ajouter une compétence non exclusive aux compétences qui seraient normalement disponibles en vertu de la Convention. Le texte figure entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie de la question dans le cadre de la Session diplomatique.

Paragraphe 6

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

Article 13 – Mesures provisoires et conservatoires

Définition des mesures provisoires et conservatoires

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

[110] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (4).

[111] Il y a lieu de rappeler que les actions en violation ne sont pas mentionnées dans l'art. 16 (4) des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui affirme que la compétence exclusive s'applique «en matière d'inscription ou de validité de brevets [...]». Cette règle doit être et a été interprétée restrictivement: voir le Rapport Jenard (*ibid.*), *sub* art. 16 (4); H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 97; S. Bariatti, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 501.

[112] Cette question pourrait être laissée au droit national ou bien à l'appréciation du juge saisi. Sur le rôle du droit national dans le régime de l'exception d'incompétence, voir G. Droz (*op. cit.* note 95), Nos 243 et s.

[113] Pour une étude du droit anglais et du Commonwealth, des États-Unis d'Amérique, de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas, de la Suisse et de l'Union européenne, voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 10 d'octobre 1998 (*op. cit.* No 5). Sur la situation au Japon, voir K. Takahashi, «Jurisdiction to Grant an Interim Freezing Order», (1999) 48 *ICLQ* 431.

ate, on the courts of the Contracting State in which according to an international Convention the deposit or registration is deemed to have taken place. This formula is modelled on the one in the Brussels Convention, which takes account of the particular features of national legal systems and of the system laid down in the 1891 Madrid system and the 1925 Hague Convention, which is based on the fiction that a deposit with the International Bureau in Berne by the administration of origin has the same value as if the trademarks, designs and models had been deposited directly in each Contracting State.[110] Hence the aim of the reference to international conventions is to incorporate into the Convention a system which is familiar and in regular use.

174 The intellectual property rights covered by this clause specifically exclude copyright and neighbouring rights. Since these rights are not always subject to a deposit or registration procedure, the Special Commission decided it would be preferable not to include them in a rule providing for exclusive jurisdiction; to do so would have led to difficulties when applying the rule.

175 The most troublesome question considered by the Special Commission was how to define the proceedings concerning intellectual property rights which are to be taken into consideration. The desirability of exclusive jurisdiction for proceedings relating to the validity of the rights is beyond debate, but it is not certain that it is equally desirable for proceedings concerning infringement of these rights.[111] There is no doubt that proceedings for infringement of an industrial property right will often involve an interlocutory decision on the validity of the right in question, but this does not necessarily mean that contentious cases in this field must invariably be focused in the State of the deposit or registration. It may also be thought that exclusive jurisdiction is only advisable where the courts of the latter State are making a decision on the validity of the right as the main issue in the case, and when this decision will take effect *erga omnes*. This advantage is not present where the court, in infringement proceedings, has to decide on validity as an incidental question, the effect of the decision being limited to the resolution of the case between the parties. A decision on jurisdiction in this instance could be left to the ordinary rules of the Convention (defendant's forum, forum of the tort, etc.). The Special Commission did not take a decision on this; it mentioned the question of revocation or infringement of industrial property rights in square brackets, leaving this for the attention of the Diplomatic Session. The solution to this question is also bound up with the possible inclusion of the rule proposed in paragraph 5, and with the more general issue of the applicability of the exclusive jurisdiction in Article 12 when the court is seised for an incidental question, as explained under paragraph 6 below.

Paragraph 5

176 This paragraph relates to the latter problem, considered above under paragraph 4. It could be adopted if the scope of the exclusive jurisdiction of the State of the deposit or registration were to encompass proceedings for infringement of an industrial property right. It provides that in proceedings for the infringement of patents, the jurisdiction of the State of deposit or registration will not be exclusive, but concurrent with the other fora provided by the Convention or established under national law, with due regard of course to Article 17. This paragraph would restrict the scope of paragraph 4, which in proceedings for patent infringement would merely add non-exclusive jurisdiction to the grounds of jurisdiction normally available under the Convention. The text is bracketed with a view to more detailed discussion of this question during the Diplomatic Session.

Paragraph 6

177 The last paragraph of the article on exclusive jurisdiction deals with the problem of its extent according to the manner in which the court is seised of a question covered by exclusive jurisdiction. The proposed text of paragraph 6 aims to restrict the scope of exclusive jurisdiction by limiting it to cases where the court is seised of the question as a principal issue. Matters raised as incidental questions would therefore remain subject to the ordinary rules of jurisdiction. The question to be considered is whether it is necessary, or at least desirable, to focus the questions covered in the previous paragraphs on the courts of a single State, even when the court is not being asked to resolve them with general effect, *erga omnes*, but solely to make a ruling the effect of which will be limited to the ongoing proceedings, for the purpose of deciding another issue which has come before the court as a principal issue. Since the incidental decision has no effect for third parties and does not foreclose the possibility that the court which has exclusive jurisdiction for the principal issue may reach a different conclusion, it may be seriously doubted whether it is desirable to confer exclusive jurisdiction, especially since this would compel the parties to a dispute relating mainly to an issue other than the one for which exclusive jurisdiction is established to take action in two different courts in order to settle their case. It is interesting to note that the Brussels Convention opts, in principle, for the latter solution; Article 19, by establishing that a court must automatically find itself lacking competence when seised of a case for which the courts in another Contracting State have jurisdiction under Article 16, refers only to instances where the seisin is for a "principal action". However, it remains to be seen whether a court seised of an incidental question is bound to find that it lacks jurisdiction where the defendant objects.[112] However the Special Commission, in limiting the exclusive character of the jurisdiction provided in Article 12 to cases in which the court is seised of a principal question, preferred to place this wording in brackets pending more detailed discussion of the problem at the Diplomatic Session.

Article 13 – Provisional and protective measures

Definition of provisional and protective measures

178 The Convention does not define what is meant by the term "provisional and protective measures", except to a limited extent for the purposes of paragraph 3. Essentially it is a matter for the law of the court seised to determine what measures are available in that court.[113] However, provisional and protective measures perform two principal purposes:

[110] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (4).

[111] Proceedings for infringement are not mentioned in Art. 16 (4) of the Brussels and Lugano Conventions, which states that exclusive jurisdiction applies "in matters involving the validity of patents". This rule must be, and has been, interpreted restrictively; see the Jenard Report (*ibid.*), *sub* Art. 16 (4); H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 97; S. Bariatti, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 501.

[112] This question could be left to national law or to the discretion of the court seised. For the role of national law in the regime of the objection to jurisdiction, see G. Droz (*op. cit.* note 95), Nos 243 *et seq.*

[113] For a survey of the relevant law in Anglo-Commonwealth countries, the United States of America, Germany, France, the Netherlands, Switzerland and the European Union, see C. Kessedjian, Prel. Doc. No 10 of October 1998 (*op. cit.* No 5). As to Japan, see: K. Takahashi, "Jurisdiction to Grant an Interim Freezing Order", (1999) 48 *ICLQ* 431.

(a) bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à satisfaire la condamnation du jugement à intervenir ; ou

(b) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché[114].

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

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

Paragraphe 1

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

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

183 Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit effectivement saisi ou en voie d'être saisi pour qu'il puisse se déclarer compétent en application du paragraphe 1. Une proposition visant à limiter en ce sens l'application du paragraphe 1 n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire qu'au moment de la demande une procédure au fond soit en cours dans l'un quelconque des États contractants. Toutefois, l'utilisation des termes « du fond du litige » indique qu'il est nécessaire qu'existe un différend et, à tout le moins, une forte probabilité pour qu'une procédure soit ouverte dans un avenir proche. Dans la mesure où il reviendra au droit national de déterminer toutes les conditions (sauf celles relatives à la compétence) auxquelles la mesure sera accordée, il semble difficile d'imaginer qu'un demandeur pourra obtenir le prononcé de la mesure sans que le tribunal accordant cette mesure soit convaincu qu'un procès au fond est pendant ou imminent. De la même façon, si aucun litige au fond n'est entamé dans un délai raisonnable devant le tribunal qui a accordé la mesure provisoire ou conservatoire ou devant un autre tribunal, il est tout aussi difficile d'imaginer comment, en application du droit national, le maintien de ces mesures pourra être possible.

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

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

[114] Voir le rapport du 67e congrès de l'ILA, Helsinki, 1996, p. 202, clause 1. Une traduction française du texte originale en langue anglaise peut être trouvée dans C. Kessedjian, *JDI* 1997, 110. La définition est dérivée de celle proposée par L. Collins dans « Provisional and Protective Measures in International Litigation », *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 1994, p. 11 et 12. Voir aussi G. Maher et B.J. Rodger, « Provisional and Protective Measures : the British Experience of the Brussels Convention », (1999) 48 *ICLQ* 302, spéc. p. 302.

[115] Voir la Convention Obtention des preuves, art. 1er.

Rapport Nygh/Pocar

(a) providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

(b) maintaining the status quo pending determination of the issues at trial.[114]

179 Generally, the measure ordered will be of a temporary nature subject to review before or at the trial of the substantive issue. However, this need not always be the case. Thus, a measure ordered after trial to prevent the removal of assets from the jurisdiction out of which the judgment can be satisfied will also meet the description. Although an exhaustive definition is not feasible, it is possible to clarify what remedies do not serve those purposes. In the first place, remedies whose main purpose is to obtain evidence for use in the trial do not fall within the scope of provisional and protective measures.[115] A proposal to extend the definition of provisional and protective measures to measures designed to discover or preserve evidence was not accepted by the Special Commission. Secondly, an anti-suit injunction is concerned with jurisdiction, and not with the maintenance of the status quo of the subject matter of the litigation.

180 It is for the national law of the court seised, including, as the case may be, its choice of law rules, to determine what provisional and protective measures are available, in what circumstances and under what conditions an order for such a measure will be made, and in what circumstances any measure already ordered will be discharged.

Paragraph 1

181 The first paragraph provides that a court having jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures. Those measures may relate to property wherever situated, or to the person or conduct of the defendant or other person, wherever that person may be. The reference to "the merits of the case" is a reference to the substantive dispute between the parties in respect of which the provisional or protective measures are sought. That dispute must be one which falls within the scope of the Convention as defined in Chapter I for otherwise the question of jurisdiction under Articles 3 to 12 does not arise. Thus, matters which are not of a civil or commercial nature or are excluded by Article 1(2), such as measures sought in relation to arbitral proceedings, are excluded.

182 The reference is to the merits of the case, that is to say, the actual dispute between the parties. Hence if the jurisdiction of a particular court in respect of that dispute is excluded by reason of a choice of court agreement under Article 4, the provisions of Articles 7, 8 or 11(1), or the provisions for exclusive jurisdiction under Article 12, that court is precluded from exercising jurisdiction under Article 13(1), even though in an abstract sense it might have had jurisdiction over a dispute of that kind. But that court may be able to exercise jurisdiction under paragraphs 2 or 3, see below.

183 Apart from this, it is not necessary for the court exercising jurisdiction under paragraph 1 to be seised or about to be seised of the substantive dispute. A proposal to limit the operation of the paragraph to that effect was not accepted by the Special Commission. The result is that there need not be in existence at the time of application any substantive proceedings pending anywhere in a Contracting State. However, the reference to "the merits of the case" indicates that there must be a dispute and, at least, a substantial likelihood of litigation in the near future. Since national law will determine the conditions (other than jurisdictional) under which relief will be granted, it is difficult to see how an applicant will obtain relief unless the granting court is satisfied that substantive litigation is either pending or imminent. Furthermore, if no litigation on the merits is initiated within a reasonable time either in the court which granted the provisional or protective measures, or in another court, it is equally difficult to see how under national law the continuation of those measures could be sustained.

184 The fact that substantive proceedings are pending in another Contracting State will not prevent a court from exercising jurisdiction under paragraph 1. Article 21 dealing with *lis pendens* will not apply because, as Article 21(3) indicates, that provision is designed to avoid conflicting decisions on the merits of the claim. In any case, most provisional and protective measures cannot acquire the status of *res judicata* and therefore are not "capable of being recognised under the Convention" as required by Article 21(1). For the same reason, it is no objection to the exercise of jurisdiction that proceedings for provisional and protective measures are pending in another Contracting State. Indeed the structure of Article 13, and especially, paragraphs 2 and 3, indicates that relief may be sought in more than one State simultaneously. Decisions given in pursuance of Article 13(2) and (3) do not qualify as "judgments" under Article 23 and hence do not qualify under Article 21(1) for priority in any event.

185 In contrast to the succeeding two paragraphs, the jurisdiction conferred by paragraph 1 is not limited to the territory of the State of the court seised. It is therefore possible to make an order which purports to have extraterritorial effect under this paragraph. By reason of the definition of "judgment" in Article 23 such an order qualifies as a judgment which in principle is entitled to recognition under Chapter III. But this is subject to the conditions set out in Articles 25 and 28. Provisional and protective orders do not normally have the effect of *res judicata* and will, therefore, not be entitled to recognition under Article 25(2). However, they may be entitled to enforcement under Article 25(3). Furthermore, many provisional and protective orders are granted *ex parte*, as is permitted under most legal systems. In that case, recognition or enforcement of the order may be refused by virtue of Article 28(1) *d)*, because obviously the document which instituted the proceedings was not notified to the respondent to the proceedings at all thereby denying the respondent the opportunity to arrange for his defence. This means that in most cases the measure, even if made under paragraph 1, will still be effective only within the State of the court which granted it. However, if the order is confirmed after the respondent to the proceedings has been served with the order and been given the opportunity to appear and seek its discharge in due time, it may be entitled to enforcement under Chapter III.

[114] See, ILA, Report of the 67th Conference, Helsinki, 1996 at p. 202, clause 1. A French translation of the original English will be found in C. Kessedjian, *JDI* 1997, p. 110. The definition is derived from that put forward by L. Collins in "Provisional and Protective Measures in International Litigation", in *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 1994, at pp. 11-12. See also G. Maher and B.J. Rodger, "Provisional and Protective Measures: the British Experience of the Brussels Convention", (1999) 48 *ICLQ* 302, at p. 302.

[115] See the Evidence Convention, Art. 1.

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

Paragraphe 2

187 Ce paragraphe donne compétence au tribunal de l'État de la situation des biens pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire limitée à ces biens. Du fait de l'article 2, ce tribunal doit appartenir à un État contractant. Cette compétence est conférée au tribunal, même si celui-ci n'est pas compétent pour statuer sur le fond du litige en application des articles 3 à 12. Ceci explique que la compétence prévue au paragraphe 2 puisse être mise en œuvre même si la compétence au fond est exclue, du fait d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, du fait de l'application des articles 7, 8 ou 11 ou encore du fait de l'existence d'une compétence exclusive de l'article 12. Toutefois, la compétence prévue au paragraphe 2 est « limitée à ces biens ». En d'autres termes, la compétence est limitée (i) aux mesures portant sur des biens (par opposition à des mesures portant sur des personnes ou sur un acte particulier) et (ii) aux biens situés sur le territoire de l'État contractant sur lequel se trouve le tribunal compétent. Puisque la mesure ordonnée sur le fondement de la compétence instituée par le paragraphe 2 n'a pas la qualité de « jugement » au sens de l'article 23, elle n'entre pas dans le champ d'application du chapitre III. Partant, pour des raisons pratiques, l'efficacité de ces mesures est limitée au territoire de l'État contractant sur lequel se trouve le tribunal qui les a prononcées.

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

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

Paragraphe 3

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

191 L'exercice de la compétence prévue au paragraphe 3 dépend de deux conditions qui ne se retrouvent pas aux paragraphes 1 et 2. En premier lieu, l'exécution de la mesure est limitée au territoire de l'État contractant auquel appartient le tribunal ayant prononcé cette mesure. Comme on l'a vu, l'efficacité extraterritoriale des mesures prononcées en application du paragraphe 2 est empêchée de la même façon, par le fait que ces mesures ne sont pas susceptibles de reconnaissance en application de la Convention. En second lieu, l'objet de ces mesures doit être de protéger temporairement une demande au fond qui est pendante ou en voie d'être déposée par les demandeurs à la mesure.

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

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

Article 14 – Pluralité de défendeurs

Paragraphe 1

194 L'article 14 permet à un demandeur d'attraire deux ou plusieurs défendeurs devant les tribunaux d'un même État contractant, même si certains des défendeurs ne sont pas habituellement résidents dans cet État, voire dans aucun autre État contractant et qu'aucun autre chef de compétence obli-

186 Since jurisdiction under paragraph 1 is based on the court having jurisdiction under Articles 3 to 12, jurisdiction under national law, in so far as it has been preserved by Article 17, will not suffice. Since Article 17 is expressed to be subject to Article 13, the restrictions imposed by Article 13 cannot be overridden by reference to national law. Thus a court of a Contracting State can only order a "worldwide Mareva injunction" if the conditions of either paragraph 1 or 3 are satisfied, unless all parties are habitually resident in the one State.

Paragraph 2

187 This paragraph confers jurisdiction on the court of a State where property is located to order provisional or protective measures in respect of that property. By reference to Article 2 that court must be the court of a Contracting State. This jurisdiction is conferred on such a court even though it has no jurisdiction to determine the merits of the case under Articles 3 to 12. This means that jurisdiction under paragraph 2 can be exercised even though jurisdiction over the substantive dispute is precluded by a choice of court agreement under Article 4, or by reason of Articles 7, 8 or 11, or by reason of exclusive jurisdiction under Article 12. However, jurisdiction under paragraph 2 can only be exercised "in respect of that property". In other words, the jurisdiction is limited (i) to measures taken in respect of property (as opposed to persons and conduct) and (ii) to property situated in the territory of the Contracting State where the court exercises jurisdiction. Since an order made in pursuance of jurisdiction under paragraph 2 does not have the status of a "judgment" under Article 23, it will not come within the scope of Chapter III. Hence for practical purposes, the enforcement of such an order is limited to the territory of the Contracting State to which the issuing court belongs.

188 As with paragraph 1 there is no requirement that proceedings on the merits be pending or about to be pending. However, as remarked earlier, it is unlikely that a court would order or continue measures for long, if no substantive proceedings were imminent or pending. This is, of course, a matter for national law. By definition, the court exercising jurisdiction under paragraph 2 will not have jurisdiction under Articles 3 to 12 to deal with the merits of the dispute. But it may possibly have jurisdiction under Article 17 or it may act in aid of another court although this is not an essential requirement.

189 The mere fact that property within the jurisdiction is seised or otherwise dealt with under provisional and protective measures does not invest that court with jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine any rights in that property. However, Article 18(2) *a)* does allow a court to exercise jurisdiction under national law as permitted by Article 17 in respect of a dispute which is directly related to that property. Hence, if ownership of the property which is the subject of the provisional or protective measures is disputed between the parties, the court exercising jurisdiction under paragraph 2 could determine that issue, if its national law permitted this.

Paragraph 3

190 Paragraph 3 also permits a court of a Contracting State which does not have jurisdiction under Articles 3 to 12 to deal with the merits of the case to order provisional or protective measures. As mentioned before, paragraph 1 of Article 13 is limited as to the courts which can exercise jurisdiction, but not limited as regards the property, persons or conduct to be affected. Paragraph 2 is limited to orders in respect of property situated within the jurisdiction, but does not require that the court have jurisdiction on any other basis. Paragraph 3 is not limited as to any jurisdiction or as to who or what may be affected, but a measure taken pursuant to it is territorially limited in its effect. Hence it authorises measures affecting persons or conduct within the territory of the Contracting State of which the issuing court is part. Under paragraph 3 the court could make an order regulating the conduct of a person who is within the jurisdiction, even if that conduct relates to matters outside the jurisdiction, such as an order to return assets removed from the jurisdiction or to render an account as to their extent and whereabouts, as long as it can enforce compliance within its territory against the person or the assets of the person bound by the measure.

191 The exercise of jurisdiction under paragraph 3 is subject to two conditions which do not apply to paragraphs 1 and 2. In the first place, the enforcement of the measures is limited to the territory of the Contracting State of which the issuing court forms part. As mentioned before, extraterritorial enforcement of orders made under paragraph 2 is similarly precluded by depriving those orders of an entitlement to recognition under the Convention. The second condition is that the purpose of the measures is to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party.

192 The second condition has in effect two further requirements. The first relates to the nature of the measures. The definition given for the purposes of paragraph 3 is narrower than the scope of the measures to which paragraphs 1 and 2 apply. In the case of paragraph 3 it is a requirement that the measure ordered be of a provisional nature made pending the hearing of the substantive dispute. The requirement that its purpose be protection "on an interim basis" of the claim on the merits excludes measures taken after judgment and methods which exist in some countries whereby a judgment can be obtained summarily if the defendant cannot seriously contest the existence of the obligation on which the claim is based.

193 The second requirement is that the claim on the merits is either pending or to be brought by the requesting party. As shown, this requirement is lacking in paragraphs 1 and 2, although for practical purposes the distinction may not be profound. The proceedings for a decision on the merits must be pending or to be brought in the court in which provisional and protective measures are sought or in any other court regardless of whether it has jurisdiction under Articles 3 to 12 of the Convention, or is the court of a Contracting State.

Article 14 – Multiple defendants

Paragraph 1

194 Article 14 permits a plaintiff to sue two or more co-defendants in the same Contracting State even if some of the co-defendants are not habitually resident in that State or indeed in any Contracting State and required jurisdiction in respect of those co-defendants is otherwise lacking under

gatoire n'est susceptible d'être invoqué contre eux. L'objet de cette disposition est d'éviter un risque important de décisions inconciliables qui pourrait exister si le demandeur devait attraire séparément chaque défendeur devant différents tribunaux. Toutefois, plusieurs conditions sont exigées dans le but d'éviter toute manipulation des critères de compétence par le demandeur, qui pourrait, par exemple, attraire un défendeur sans lien avec le litige dans le but de conférer une compétence à un tribunal plus favorable à ses intérêts.

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

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

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

Paragraphe 2

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

Article 15 – Demandes reconventionnelles

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

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

Article 16 – Appel en garantie et intervention

Paragraphes 1 et 2

201 Cet article établit une compétence dérivée, en cas d'appel en garantie ou d'intervention, grâce à quoi un tiers devient partie au procès, permettant ainsi de juger dans le même procès toutes les questions liées à la même situation factuelle. En application de cette compétence, le tribunal qui est compétent en vertu d'une disposition quelconque de la Convention peut également exercer sa compétence à l'égard d'un appel en garantie ou une intervention. L'adoption d'une règle conventionnelle en la matière présente quelques difficultés, car il s'agit d'une compétence admise par plusieurs systèmes juridiques, mais non par d'autres. Pour éviter d'envisager des dispositions spéciales applicables aux États contractants qui ne la connaîtraient pas[118], l'avant-projet de Convention prévoit qu'une telle compétence n'est établie que si le droit national de l'État du juge saisi le permet. Il faut aussi éviter que la compétence en question puisse être utilisée de façon abusive, pour soustraire la personne appelée dans le procès au juge qui serait normalement compétent pour juger du litige qui le concerne. À cette fin, la compétence est subordonnée à une condition positive, à savoir qu'il existe un lien substantiel entre l'État du juge saisi de la demande originaire et le tiers, ce qui implique que la preuve de ce lien doit être donnée par la partie qui formule

[116] Pour une explication des différences entre les systèmes juridiques, voir la décision de la CJCE *Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* (C-341/93), *Rec.* 1995, p. I-2053.
[117] Par contraste, on peut se référer aux termes plus étroits utilisés par la Convention de Bruxelles qui, dans son art. 6 (3) parle «du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire».
[118] Comme le font la Convention de Bruxelles (art. V du Protocole) et la Convention de Lugano (art. V (1) du Protocole).

Rapport Nygh/Pocar

Chapter II. The purpose of the provision is to avoid a serious risk of inconsistent judgments which might result if the plaintiff had to sue the defendants separately in different jurisdictions. However, in order to avoid manipulation of jurisdictional requirements by the plaintiff, such as bringing suit against an unrelated defendant in order to gain jurisdiction in a favourable forum, a number of conditions are imposed.

195 In the first place, the jurisdiction can only be founded in a Contracting State where at least one of the defendants is habitually resident. In the case of an entity other than a physical person, this is the habitual residence as defined in Article 3(2). In other words, the plaintiff cannot join co-defendants when the jurisdiction in respect of the primary defendant is founded on, say, Article 6 or 10.

196 Secondly, the claims against the defendant habitually resident in the State where the action is brought and the other defendants must be so closely connected that they should be adjudicated together in order to avoid a serious risk of inconsistent judgments. Judgments are inconsistent when the findings of fact or conclusions of law in relation to the same issues on which they are based, are mutually exclusive. In the English version the word "inconsistent" was preferred to "irreconcilable" as a counterpart to the French "*inconciliable*", since a judgment that co-defendant A is liable to the plaintiff can be reconciled with a judgment that co-defendant B is not, but the judgments are inconsistent if the first judgment is based on a finding that the events alleged by the plaintiff did occur and the other is based on a finding that they did not. The risk must be "serious", which means that it must not be merely speculative.

197 Thirdly, as to each defendant there must exist a substantial connection between the State in which the action is brought and the dispute involving that defendant. The onus of establishing that connection rests upon the party seeking to rely on it. This language repeats the words used in Article 18(1) dealing with prohibited jurisdiction. The link need not be such as to constitute a ground of jurisdiction under Articles 3 to 12 or even under national law permitted under Article 17, but it must be such as to satisfy the court that the co-defendant is not being brought before a clearly inappropriate forum. A similar restriction applies to Article 16 which is discussed below.

Paragraph 2

198 Even if these conditions are fulfilled, the plaintiff cannot bring a co-defendant before a court having jurisdiction under Article 14, if the co-defendant seeks to rely on an agreement for exclusive jurisdiction made in favour of another court, whether that of a Contracting State or not, which was made in accordance with Article 4. Of course, if the co-defendant does not object to the jurisdiction of the court seeking to exercise jurisdiction under Article 14 within the time prescribed by Article 5(2), that court will have jurisdiction notwithstanding the choice of court clause.

Article 15 – Counter-claims

199 Article 15 permits a counter-claim to be brought by the defendant against the plaintiff in the same court that the plaintiff has chosen under the Convention. A counter-claim is an independent, but related, cause of action by the defendant against the plaintiff. It must be distinguished from a defence whereby the defendant relies upon the existence of a debt owed by the plaintiff to the defendant to extinguish or reduce the debt claimed by the plaintiff. This is a defence known as "set-off" in English law and "*compensation*" in French (*Aufrechnung* in German). The admissibility of such a defence in the proceedings is governed by the national law applicable under the choice of law rules of the court seised of the original claim.[116]

200 The counter-claim must arise out of the transaction or occurrence on which the original claim is based. The English word "transaction" has been used as the counterpart of the French "*relation contractuelle*" because it has a wider scope than "contractual relationship". In other words, the counter-claim need not arise out of the actual contract on which the original claim is based: it may arise out of another collateral contract which forms part of the wider transaction between the parties. Similarly, the English word "occurrence" has been used to represent the French "*des faits*" in order to stress that the facts on which the counter-claim is based need not be identical, but may arise out of a broader, but related, set of circumstances.[117]

Article 16 – Third party claims

Paragraphs 1 and 2

201 This Article establishes a subordinate form of jurisdiction, in the event of third party claims, whereby a third party becomes a party to the proceedings, so that all the issues connected with the same factual situation can be dealt with in the same proceedings. Under this provision, a court which has jurisdiction under any of the Convention's provisions may also exercise jurisdiction for a third party claim. There is some difficulty in adopting a treaty rule on this subject, as this form of jurisdiction is recognised by some legal systems, but not by others. To avoid the need for special rules for Contracting States which do not recognise it,[118] the preliminary draft Convention provides that this form of jurisdiction will exist only if permitted by national law. It is also necessary to ensure that it cannot be abused by removing the person summonsed in the proceedings from the court which would normally be competent to judge a case concerning him. For this purpose, jurisdiction is made subject to a positive condition: there must be a substantial connection between the State of the court seised of the original claim and the third party, which implies that proof of this link must be furnished by the

[116] See for an explanation of the difference in the various legal systems, the decision of the ECJ in *Danvaern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* (C-341/93) [1995] *ECR*, p. I-2053.
[117] Contrast the narrower formulation of Art. 6 (3) of the Brussels Convention which speaks of "the same contract or facts on which the original claim was based".
[118] This is done in the Brussels Convention (Art. V of the Protocol) and the Lugano Convention (Art. V (1) of the Protocol).

la demande en garantie ou en intervention[119]. Par ailleurs, il est évident que le lien en question ne doit pas être tel qu'il puisse fonder une compétence autonome sur la demande en garantie, mais il devra révéler une connexion suffisante entre la demande principale et la demande en garantie ou en intervention pour convaincre le juge saisi que la demande n'a pas été formulée seulement dans le but d'attraire l'appelé devant le juge sur la base d'une compétence exorbitante.

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

Article 17 – Compétence fondée sur le droit national

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

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

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

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

Article 18 – Compétences interdites

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

Paragraphe 1

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

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

Paragraphe 2

210 Dans le but de faciliter l'application du principe énoncé au paragraphe 1, la Convention donne ici une série d'exemples de rattachements qui n'expriment pas un lien

[119] On rappelle que la Convention de Bruxelles pose une condition négative, en précisant que la compétence sur la demande originaire s'étend à la demande en garantie ou en intervention « à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». Cette formulation a amené à interpréter le texte dans le sens que c'est au plaideur appelé qui conteste la compétence de prouver le détournement de for (voir H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* note 40, No 226).

[120] Dans le même sens voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 6 (1), bien que dans l'absence d'une disposition expresse dans la Convention de Bruxelles.

[121] Voir *supra* le commentaire à l'art. 2.

party making the third party claim.[119] It is also obvious that the link in question must not be such as to form an independent basis for jurisdiction for the claim, while demonstrating a sufficient connection between the principal claim and the third party claim to convince the court seised that the claim has not been made solely in order to bring the person summonsed before the court on the basis of exorbitant jurisdiction.

202 The second paragraph seeks to limit the subordinate jurisdiction for third party claims where there is a choice of court clause agreed with the defendant. It would be contrary to the principle of the freedom of the parties to agree on a competent court, and the principle of good faith, to allow a party claiming the benefit of a warranty to bring the party who gave it before the court which has jurisdiction for the original claim, in breach of an agreement conferring jurisdiction on another court,[120] provided that the choice of court agreement was exclusive and complies with the conditions laid down in Article 4 of the Convention.

Article 17 – Jurisdiction based on national law

203 The Convention does not regulate exhaustively the jurisdiction of the courts of the Contracting States; it merely defines, in Articles 3 to 13, a series of criteria for international jurisdiction which must be put into place by the Contracting States and their courts.

204 This implies, on the one hand, that the Contracting States are bound to make provision for such jurisdiction and make it available to parties wishing to use it. On the other hand, it means that when a claimant brings suit before the courts of a State on which the Convention confers jurisdiction under these Articles, the court seised cannot refuse to deal with the case, unless the Convention itself permits it to do so or compels it to decline jurisdiction in favour of another court situated in another Contracting State or in a third country. The combined effects of exclusive jurisdiction (Art. 12) and protective jurisdiction (Arts 7 and 8), and the role assigned by the Convention to the will of the parties in deciding which is the competent forum (Arts 4 and 5), or again, the requirement for courts which are equally competent to co-ordinate their responses (Arts 21 and 22) mean that certain grounds of jurisdiction which are available in theory will not be available in a specific case.

205 Although Contracting States assume, by virtue of the Convention, an obligation to make available to the parties the grounds of jurisdiction which are expressly provided and regulated in it, they are by no means bound not to retain in their national law other grounds of jurisdiction for the topics covered by the Convention, where such jurisdiction is not incompatible with jurisdiction expressly provided in or not forbidden by the Convention itself.

206 Article 17 explains in this regard the limits of the obligation assumed by Contracting States, by stating that the Convention does not inhibit the application of rules of jurisdiction under national law, subject to the treaty rules for jurisdiction based on party autonomy (Arts 4 and 5), or a protective purpose (Arts 7 and 8) or which is exclusive by nature (Art. 12), and by adding the condition that the jurisdiction in question must not fall into a prohibited category (Art. 18). The margin for manoeuvre which States possess in allotting a role to their national law for matters of jurisdiction is therefore limited by the grounds of jurisdiction expressly provided, on the one hand, and by the prohibited grounds of jurisdiction, on the other. Within these limits, Contracting States are free to establish such jurisdictional rules as they deem most appropriate, in any field, including those fields – contracts, torts, branches – for which the Convention has specific rules of jurisdiction.

Article 18 – Prohibited grounds of jurisdiction

207 This Article defines the grounds of jurisdiction which must be regarded as prohibited by the Convention. The definition is made by stating a principle, followed by examples and guidelines for putting it into practice.

Paragraph 1

208 This paragraph states the principle that grounds of jurisdiction provided by the national law of a Contracting State are admissible only if they are based on a substantial connection between the dispute and the State concerned. This principle builds upon the condition laid down in the last part of Article 17, which governs recourse to national rules of jurisdiction. In stating this principle, the Convention does not enact any precise rules for applying it, so that it is left to the court which has to apply it in each specific case to decide whether or not there is a substantial connection underlying each rule of jurisdiction. Moreover, since Contracting States are bound not to apply their national law when there is no substantial connection between the dispute and the State, the application of the rule amounts to giving the courts of each State the discretion to decide whether their national rules of jurisdiction are compatible with the principle laid down in Article 18. If the substantial connection cannot be established in a particular case, the court seised will be bound, under the Convention, to find that it lacks jurisdiction. It will of course depend on the procedures put in place by each Contracting State for implementing the Convention to ensure that adequate means exist to exercise the power of review thus conferred on the court.

209 However, the prohibition against using connecting factors which do not indicate a substantial connection between the State of the court seised and the dispute exists only when the defendant is habitually resident in a Contracting State. As regards defendants with their habitual residence on the territory of a non-Contracting State, each State remains free to regulate the extent of its judicial competence in whatever manner it deems appropriate, including the use of exorbitant connections, and defendants situated in a non-Contracting State will not therefore have any protection against such use. Thus the Convention, which in principle does not make the defendant's residence in a Contracting State a criterion for applying treaty rules of jurisdiction,[121] does in fact use it as a criterion for delimiting the margin of manoeuvre open to States for relying on national law to define the extent of their jurisdictional competence.

Paragraph 2

210 In order to facilitate the application of the principle enshrined in paragraph 1, the Convention here gives a series of examples of factors which do not indicate any substantial

[119] The Brussels Convention has a negative condition: it specifies that jurisdiction for the original claim will extend to a third party claim "unless the suit was brought solely in order to remove the person from the court otherwise having jurisdiction"; this wording has resulted in the text being interpreted to mean that a plaintiff once summonsed who contests jurisdiction has to prove that there is a misuse of the forum (see H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* note 40, No 226).

[120] On this point see the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 6 (1), although there is no express provision in the Brussels Convention.

[121] See the commentary on Art. 2 above.

substantiel du litige avec un État. Les règles nationales qui se fondent sur les critères indiqués dans le paragraphe 2 ne sont pas soumises à une appréciation du juge saisi visant à vérifier l'existence d'un lien substantiel; elles doivent être écartées automatiquement du fait que l'insuffisance du lien sur lequel elles se fondent est affirmée dans la Convention. Face à des règles nationales fondées sur les critères indiqués au paragraphe 2, le juge saisi ne pourra donc que se déclarer incompétent.

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

Lettre a) – *Présence ou saisie de biens du défendeur*

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

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

Lettre b) – *Nationalité du demandeur*

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

[122] Cf. M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1975, p. 110.
[123] Voir le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 86.
[124] On notera que la compétence du lieu de situation des biens est prévue par la *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, Rome, 24 juin 1995.

Lettre c) – *Nationalité du défendeur*

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

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

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

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

217 Ce chef de compétence a donné lieu à beaucoup de discussions au sein de la Commission spéciale, en partie à cause de la difficulté de saisir exactement la portée d'un rattachement assez souple et soumis à l'appréciation du juge dans chaque cas d'espèce. L'interdiction vise la compétence fondée sur la circonstance que le défendeur a une activité régulière et d'une certaine importance dans l'État, indépendamment de l'organisation de celle-ci, et donc sans égard à l'existence d'un rattachement ultérieur avec cet État: présence de biens ou d'un établissement, principal ou secondaire, dans l'État même. Ce rattachement, mieux connu aux États-Unis d'Amérique avec l'expression «*doing business*», permet, dans certaines situations, de porter une action contre le défendeur aussi dans le cas où la demande n'a aucune relation spécifique avec l'activité déployée par le défendeur dans l'État du juge saisi. Il s'agit donc d'une compétence qui a une portée générale malgré le défaut d'un centre d'activité du défendeur dans cet État. En outre, son application présente une marge d'incertitude importante, à cause de la difficulté d'établir la qualité et la quantité d'activité nécessaire pour fonder la compétence, dont l'appréciation ne pourrait qu'être laissée au même juge saisi. Sa présence dans le contexte de la Convention, destinée à fournir un instrument d'application certain à la pratique, risquerait de favoriser un contentieux entre les parties au stade de l'établissement de la compétence du tribunal saisi. La Commission spéciale s'est donc inclinée vers son exclusion[128].

[125] Cf. encore M. Weser (*op. cit.* note 122), p. 104. Cette compétence n'est plus admissible en Italie après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de droit international privé de 1995.
[126] Cela n'exclut pas que ces mêmes situations puissent jouer un rôle pour fonder une compétence spéciale: voir par exemple l'art. 7 en matière de contrats conclus par les consommateurs.
[127] Ce chef de compétence figurait déjà parmi les compétences non admises par le Protocole de La Haye de 1971.
[128] Voir également le Protocole de La Haye de 1971 (art. 4 *d)*).

connection between a State and a dispute. National rules based on the criteria indicated in paragraph 2 are not open to appraisal by a court seised which is seeking to ascertain whether a substantial connection exists; they must automatically be disregarded, as the inadequacy of the connection on which they are based is affirmed in the Convention. Faced with national rules based on the criteria set out in paragraph 2, the court seised must therefore find that it lacks jurisdiction.

211 The grounds of jurisdiction expressly prohibited by the Convention are as follows:

Sub-paragraph a) – *The presence or seizure of property belonging to the defendant*

212 This ground of jurisdiction would enable the defendant to be arraigned before the courts of a State on the basis that he possesses property on its territory. Since it could be used to found an action of any kind, even if the application to the court has no connection with the property situated in the State concerned, this forum must be regarded as exceptional and cannot be accepted. Following the example of the Brussels Convention, which disbarred the use of section 23 of the German *Zivilprozessordnung* as a ground of jurisdiction *in personam* irrespective of the merits of the application,[122] and the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, the Special Commission had no difficulty in including this ground of jurisdiction among the prohibited grounds. The same is true when a general ground of jurisdiction is based on the seizure in the State of property belonging to the defendant, as happens for instance in Scotland.[123]

213 The prohibition against founding jurisdiction on the presence or seizure of property belonging to the defendant only concerns this criterion, as mentioned above, as the basis for general jurisdiction over the defendant. This does not occur with the exercise of special jurisdiction, when the dispute is directly connected with property of the defendant which is situated or has been seised in the State. In this case, it cannot be said that the connecting factor does not indicate a substantial link between the dispute and the State. Hence the Convention does not forbid its use as the basis for a special ground of jurisdiction, if national law makes provision for this.[124]

Sub-paragraph b) – *The nationality of the plaintiff*

214 This ground of jurisdiction enables the plaintiff to bring suit against the defendant in the courts of the State whose nationality he possesses, regardless of the nature of the claim and in the absence of any other connection with that State. This is the case in Article 14 of the French and Luxembourg Civil Codes, which the Brussels Convention defines as exorbitant. Here again, the Special Commission had no hesitation in prohibiting a ground of jurisdiction which, in the substantive field of the Convention, cannot constitute a sufficient connection between the dispute and the State of the court seised.

Sub-paragraph c) – *The nationality of the defendant*

215 It was also decided, without much discussion, that it was desirable to prohibit jurisdiction based on the nationality of the defendant, as is provided for instance in Article 15 of the French, Luxembourg and Belgian Civil Codes, and admitted in the past in Italian jurisprudence.[125] This ground of jurisdiction is hardly warranted in a convention with the substantive scope of the present one, and its application could lead to jurisdiction being claimed in situations without any genuine link with the State of the court seised.

Sub-paragraph d) – *The domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff*

216 Although they may be regarded as indicating a closer connection than the nationality of the plaintiff, other situations relating to the status of the defendant, such as his domicile, habitual or temporary residence, or his mere presence in the State of the court seised, do not evince a sufficient connection with it to provide a general ground of jurisdiction for the court seised.[126] These situations reflect a connection with the defendant which is capable by its nature of playing a role in the field to which the Convention pertains, but they indicate a connection of only one of the parties concerned, and give rise to the same difficulties as the forum of the defendant's nationality if they are used as the only grounds of jurisdiction. The Special Commission was in agreement that they should be excluded.[127]

Sub-paragraph e) – *The carrying on of commercial or other activities by the defendant*

217 This ground of jurisdiction gave rise to considerable discussion within the Special Commission, partly because of the difficulty of deciding exactly how far such a flexible connection, one which has to be appraised by the court in each particular case, can be said to extend. The prohibition covers jurisdiction based on the fact that the defendant carries on a regular activity of some significance in the State, regardless of the manner in which it is organised, and thus without regard to the existence of another link with the State, such as the presence of property or an establishment, principal or secondary, in the State itself. This connection, better known in the United States of America under the heading of "doing business", makes it possible in some situations to bring a suit against the defendant even when the claim has no specific relationship with the activity carried on by the defendant in the State of the court seised. This therefore is a ground of jurisdiction which is general in scope, despite the absence of any focal point for the defendant's activities in the State. Moreover, there is a significant margin of uncertainty in applying it, because of the difficulty of determining the quality and quantity of activity which is needed in order to found jurisdiction; this again has to be left to the court seised to decide. Its presence in the Convention, which is intended to provide a reliable instrument for use in practice, would involve the risk of encouraging a dispute between the parties at the stage when the jurisdiction of the court seised is being determined. The Special Commission was therefore in favour of excluding it.[128]

[122] *Cf.* M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Brussels, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1975, p. 110.
[123] See the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 86.
[124] It will be noted that jurisdiction for the place where the property is situated is provided in the UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, Rome, 24 June 1995.

[125] *Cf.* M. Weser (*op. cit.* note 122), p. 104. This ground of jurisdiction has not been admissible in Italy since the entry into force in 1995 of the new law on private international law.
[126] However, these situations may have a role in founding special jurisdiction: see for instance Art. 7, on contracts with consumers.
[127] This ground of jurisdiction was already among those not admitted by the 1971 Hague Protocol.
[128] See also the 1971 Hague Protocol (Art. 4 *d)*).

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

Lettre f) – *Assignation délivrée au défendeur*

219 Le droit de certains États, notamment des pays de *common law*[129], connaît une compétence fondée uniquement sur la circonstance que l'assignation a été délivrée au défendeur sur le territoire de l'État du tribunal saisi. Bien que cette compétence trouve sa justification originaire dans la constatation que la compétence du juge n'existe pas si le défendeur n'a pas été assigné régulièrement, il est incontestable que l'assignation n'est pas suffisante à elle seule pour établir un lien significatif avec l'État du juge en toute circonstance. Là encore, suivant le *Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, la Commission spéciale n'a pas hésité à inclure ce chef de compétence dans la liste des fors interdits.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

225 Ainsi qu'on l'a souligné, les compétences interdites figurant au paragraphe 2 ne constituent pas une liste exhaustive. Elles ne sont que des exemples de compétences prévues par les législations nationales, auxquels d'autres pourraient s'ajouter. Le chapeau du paragraphe l'indique clairement, en faisant précéder la liste par le mot « notamment » dans la version française, qui a été omis de manière inexplicable dans la version anglaise. Le but d'une liste non exhaustive n'est pas seulement de ne pas risquer d'oublier telle ou telle autre compétence exorbitante qui pourrait exister dans les législations existantes, mais également d'éviter que de nouveaux fors exorbitants puissent être introduits en violation du principe énoncé au paragraphe 1.

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

227 Par ailleurs, le paragraphe 2 précise que les critères qui figurent dans la liste ne peuvent pas être pris comme fonde-

[129] Voir, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, les commentaires du Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), Nos 85 et 86.
[130] Cette situation est également visée par le Protocole de La Haye de 1971 (art. 4 *f)*).

218 It should be explained that the connection to the defendant's activity in the State is prohibited only for the purpose of founding a general jurisdiction, which could then be exercised for any case quite unrelated to the activity in question. The prohibition would not be justified if the dispute is related to that activity or is directly connected to it. Jurisdiction would not in fact be based on "doing business", but rather on "transacting business", which may reflect a sufficient link between the dispute and the State in which the activity is carried on. Although, as already explained, the possibility of the defendant's activity being taken into account to found special jurisdiction under the Convention has been foreclosed, this does not prevent its constituting the basis for special jurisdiction under national law.

Sub-paragraph f) – *The service of a writ upon the defendant*

219 In the law of some States, especially common law States,[129] there is a ground of jurisdiction based solely on the fact that a writ has been served on the defendant on the territory of the State of the court seised. Although this ground of jurisdiction was originally justified by the finding that the court only has jurisdiction if the writ has been properly served on the defendant, it is undisputed that service of the writ is not in itself sufficient to establish a significant connection with the State of the court in all circumstances. Here again, in the light of the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, the Special Commission did not hesitate to include this ground of jurisdiction among the list of prohibited fora.

Sub-paragraph g) – *The unilateral designation of the forum by the plaintiff*

220 This provision is for cases where the statement that a particular court has jurisdiction was not a joint expression of intent by the parties, but can only be traced to one of them. In this case, there is no choice of court as in Article 4, which is based on the consent of the parties according to one of the forms admitted in paragraph 2 of that Article; the practice which has developed with respect to the choice of court in applying other international Conventions clearly shows that the unilateral designation of the competent court (for instance on an invoice)[130] is not equivalent to such consent. Nor is this the same situation as in Article 5, which presupposes that the unilateral choice of court made by the plaintiff in submitting his application to a court which does not otherwise have jurisdiction is confirmed by the conduct of the defendant, who then defends the case on the merits without contesting jurisdiction. Because of the role assigned to party autonomy in the Convention, it is clear that unilateral designation of a court by only one of the parties cannot represent a sufficient connection with it.

Sub-paragraph h) – *Proceedings for a declaration of enforceability, registration or enforcement of a judgment*

221 The aim of this clause is to ensure that proceedings to obtain execution of a foreign judgment – either at the stage of a declaration of enforceability, or at the registration stage, or at the enforcement stage – in a particular State do not become a ground of jurisdiction enabling the courts of that State to entertain other applications unconnected with those proceedings. General jurisdiction of this kind is evidently unwarranted from the viewpoint of the link between the dispute and the court seised, as it could be used to bring before the courts of a State a case which has no connection with that State.

222 As with connections with the presence of property and activities by the defendant in a State, the Special Commission has taken the view that jurisdiction based on the existence of proceedings to execute a foreign decision should be prohibited only in the form of a general jurisdiction. Consequently, Contracting States remain free to make provision in their national law for special jurisdiction where the dispute is directly associated with proceedings of this kind. However, it should be emphasised that this ground of jurisdiction is to be interpreted restrictively, and that it will only be justified in so far as it does not form a barrier to the obligation to recognise and enforce a foreign judgment which a State has assumed under the Convention.

Sub-paragraph i) – *Temporary residence or presence of the defendant*

223 While the habitual residence of the defendant in a State is the basic criterion for the courts of that State to have (general) jurisdiction (see Art. 3), his or her mere temporary residence or presence are not in themselves a sufficient connection to warrant such jurisdiction. Whether the residence is temporary in nature must be decided on a case-by-case basis, taking account of the factors which go to make up habitual residence.

Sub-paragraph j) – *The place of signature of the contract from which the dispute arises*

224 The exclusion of this ground of jurisdiction is based on the consideration that the place where a contract is signed may be of a purely accidental nature, and if there are no other connecting factors it will not be a sufficient connection on which to base a contract forum.

225 As already explained, the list of prohibited grounds in paragraph 2 is not exhaustive. These are merely examples of grounds of jurisdiction provided by national legal systems, and others may be added. The *chapeau* of the paragraph makes this clear, with the word "*notamment*" which precedes the list in the French version but is omitted inexplicably in the English version. The aim of a non-exhaustive list is not merely to avoid the risk of forgetting a particular exorbitant ground of jurisdiction which may exist in legislation somewhere, but also to ensure that fresh exorbitant fora grounds cannot be introduced, in breach of the principle laid down in paragraph 1.

226 It must also be pointed out that the connecting factors mentioned in the list fall within the Article 18 prohibition if they form the basis for general as well as special jurisdiction, except for the connecting factors listed in sub-paragraphs *a)*, *e)* and *h)*, for which the possibility of special jurisdiction is expressly admitted. In respect of the latter, it should also be remembered that this paragraph, which permits the exercise of special grounds of jurisdiction based on some of the criteria included in the list, does not confer any jurisdiction in this sense on Contracting States. It merely allows the exercise of the special jurisdiction mentioned, provided these grounds are specified in the national law of the State of the court seised, in accordance with Article 17.

227 Paragraph 2 also makes clear that the criteria mentioned in the list cannot be taken as a basis for jurisdiction

[129] For the United Kingdom and Ireland, see the commentaries in the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), Nos 85 and 86.
[130] This situation is also covered by the 1971 Hague Protocol (Art. 4 *f)*).

ment de la compétence des tribunaux d'un État non seulement lorsqu'ils sont considérés séparément, mais également lorsque plusieurs critères sont présents à la fois. En d'autres termes, l'existence simultanée de deux ou de plusieurs fors exorbitants dans un même État n'est pas suffisante à créer un lien substantiel du litige avec cet État puisque chacun de ces fors est exorbitant. Par contre, la concurrence d'un for exorbitant et d'autres critères que ceux qui sont inclus dans la liste implique que la question de l'existence d'un lien substantiel soit soumise à l'appréciation du juge saisi, aux termes du paragraphe 1. Cette conclusion découle du texte du paragraphe 2, qui n'interdit les rattachements indiqués dans la liste que lorsqu'ils constituent le seul fondement de la compétence du tribunal saisi.

Paragraphe 3

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

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

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

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

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

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

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

Article 19 – Autorité du tribunal saisi

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

Rapport Nygh/Pocar

for the courts of a State not solely when they are considered separately, but also when several criteria are present simultaneously. In other words, the existence at one and the same time of two or more exorbitant fora in the same State is not sufficient to create a substantial connection between the dispute and that State, since each of these fora is exorbitant. On the other hand, the conjunction of an exorbitant forum and criteria other than those included in the list implies that the question of whether a substantial connection exists must be decided by the court seised, in accordance with paragraph 1. This conclusion follows from the text of paragraph 2, which does not prohibit the connecting factors indicated in the list except where they are the only basis of jurisdiction for the court seised.

Paragraph 3

228 This paragraph deals with an issue which has been debated at length by the Special Commission. It has to do with the impact of the Convention on civil actions to obtain relief or damages following a serious violation of fundamental human rights, as recognised in the general international and treaty law on human rights. There is a well known tendency with these international crimes to assign universal jurisdiction to States, to enable them to exercise criminal jurisdiction even when there is no clear connection between the crime and the State of the court seised. Even the Statute of the International Criminal Court, adopted in Rome on 17 July 1998, is framed in this sense. It provides that States are bound to prosecute these crimes, and the International Court will have jurisdiction if States fail to do so. Thus it is only to be expected that criminal proceedings may be accompanied by civil proceedings instituted by victims to obtain relief from the person responsible for the violation. In this regard, it should also be noted that a civil action of this kind may be taken in the context of the criminal action itself, if national law permits this and if the plaintiff wishes it; otherwise, an action may be instituted independently in a civil court. There is a problem in deciding which rules should govern international civil jurisdiction in this field, having regard to the obligations which arise for States from general and international treaty law.

229 In this context it should be noted that the chief aim of the Convention is not to regulate civil actions of this kind, but rather to define the rules of jurisdiction for civil and commercial relations among individuals within an international setting. The Convention does not therefore need to include jurisdictional rules for proceedings based on an infringement of fundamental human rights, but merely to leave Contracting States entirely free to adopt national rules in this field, and ensure that the Convention does not prevent them from doing so. From this point of view, the most radical solution would have been to exclude this category of proceedings from the substantive scope of the Convention. The Special Commission rejected this solution, as the consequence would have been that these proceedings, and the judgments handed down as a result, could not have been covered by the Convention's rules of recognition and enforcement although they would have been based on a rule of jurisdiction admitted by the Convention itself.

230 The solution adopted was therefore to leave Contracting States free to define the extent of their competence in this field while providing an exception to the prohibition against using certain fora in the context of national law. Thus Article 18, paragraph 3, states that this Article does not prevent a court of a Contracting State from exercising its jurisdiction under national law when a plaintiff applies to it for relief or damages for an infringement of his fundamental rights. By this means, grounds of jurisdiction which would have to be excluded from national law because they do not represent a substantial connection between the State and the dispute can be used, in the framework of national law, if States consider them necessary in order to meet the needs of protection of victims of infringements of fundamental human rights.

231 However, it was not possible during the ongoing work of the Special Commission to develop all the implications of this principle. No agreement has yet been reached as to the circumstances warranting a waiver of the prohibition against using certain exceptional connecting factors in order to found jurisdictional competence in this field. This is why the preliminary draft Convention offers two alternative variants, reflecting the main approaches favoured within the Special Commission in this respect.

232 The first variant lists in detail the violations which warrant the use of exceptional fora for the exercise of jurisdiction in civil matters. These violations comprise, on the one hand, genocide, crimes against humanity and war crimes, as defined in the Statute of the International Criminal Court, and on the other hand, serious crimes against a natural person, and grave violations of fundamental rights established under international law (torture, slavery, forced labour and disappearances). With the first category of violations, the exception in paragraph 3 operates without restriction; with the second category, it operates only if there is a risk for the plaintiff that justice may be denied, because it is impossible or difficult to bring proceedings in another State.

233 Under the second variant, on the other hand, the exception to Article 18 is much more restricted. It only covers situations in which the conduct in breach of a fundamental right is a crime under international law; other violations are disregarded. Moreover, the use of exorbitant jurisdiction is permitted only if the State using it also exercises its criminal jurisdiction over this crime under an international treaty, and if the damages sought are for death or serious bodily injury arising from the crime. The risk of justice being denied elsewhere plays no role at all.

234 The scope of these two variants, and their relationship to State jurisdiction in criminal matters, will have to be examined in greater detail, and all their implications discussed, in order to arrive at a satisfactory solution which will make it possible to safeguard the issue of protecting human rights, without upsetting the structural balance of the Convention.

Article 19 – Authority of the court seised

235 This Article defines the circumstances in which a court of a Contracting State which is seised of a dispute falling within the substantive scope of the Convention is bound to verify that it has jurisdiction. The main aim of this clause is to ensure that the court seised does not proceed on the basis of one of the grounds of jurisdiction prohibited under Article 18 if the defendant fails to appear. If the defendant does appear, it will be for him to raise an objection to the court's jurisdiction, not later than the time when he presents his initial defence on the merits, failing which the court's jurisdiction will be established under Article 5 of the Convention.

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

a) D'abord, le tribunal est tenu de vérifier sa compétence lorsque son droit national l'exige. Le renvoi au droit national répond à l'exigence de permettre aux États qui prévoient une obligation générale de vérification, ou en tout cas des conditions autres que celles indiquées dans l'article 19, de continuer à les appliquer. Lorsque le droit national prévoit des circonstances qui imposent la vérification de la compétence, elles viennent donc s'ajouter aux conditions conventionnelles.

b) En deuxième lieu, la compétence doit être vérifiée si le demandeur le demande. La disposition tient compte de l'intérêt du demandeur d'avoir, en cas de doute, une vérification de la compétence du tribunal saisi, car, aux termes de l'article 26, le jugement rendu sur la base d'une compétence interdite ne pourra être reconnu ni exécuté dans les autres États contractants.

c) La troisième hypothèse s'inspire de la protection du défendeur, en lui donnant la possibilité de demander la vérification de la compétence même après que le jugement a été rendu. Les modalités de cette demande sont soumises à la procédure prévue à cet effet par le droit national, qui peut la subordonner à certaines conditions. La Commission spéciale a mis cette disposition entre crochets, en vue d'un approfondissement de ses implications de droit national.

d) La dernière hypothèse repose sur l'idée que le tribunal saisi devrait vérifier sa compétence dans le cas où il puisse y avoir un doute quelconque sur le fait que l'acte introductif d'instance ait atteint le défendeur à temps pour lui permettre de se défendre, de manière qu'il ne devrait en aucun cas supporter les conséquences négatives de sa non-comparution. Le texte, dans les deux options offertes en alternative, vise à résoudre le même problème que la Convention de Bruxelles résout avec une référence à l'article 15 de la Convention Notification. Un rappel de la Convention de La Haye ayant été écarté soit parce que l'article 15 de celle-ci n'est pas limité au défendeur défaillant soit parce que la Convention est de toute façon applicable entre les États qui y sont Parties, la solution a été retenue, en principe, de prévoir une condition parallèle à celle de l'article 28, paragraphe 1, lettre *b)*, en matière de conditions de reconnaissance et d'exécution de jugements. La formulation finale de cette condition demande toutefois l'attention ultérieure de la Session diplomatique et figure entre crochets dans le texte de l'avant-projet de Convention.

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

Article 20

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

Paragraphe 1

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

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

241 En deuxième lieu, règne une certaine incertitude sur le point de savoir ce qui est entendu par le terme «*notified*» utilisé dans la version anglaise. Le terme français «notifié» en son sens technique désigne la remise de l'acte introductif d'instance à un «huissier» («*court bailiff*») pour que celui-ci le remette au défendeur[131]. Une telle procédure n'existe pas dans les pays de *common law*, où le terme «notifié» est dépourvu de sens technique. Dans la mesure où l'objet de cette disposition est de donner au défendeur de réels moyens pour organiser sa défense,

[131] Voir la Convention Notification, où, dans l'art. 5, le terme français «notification» devient dans la version anglaise : «*arrange to have it served by an appropriate agency*».

236 The Special Commission felt it could not lay down a general obligation for the court to verify compliance with Article 18 in all circumstances, partly because automatic verification of jurisdiction in default proceedings is not available in all legal systems, and for States which do not have it such an obligation would have necessitated significant changes to national procedural rules, as well as additional cost. It was thought desirable to safeguard the different approaches in national systems, while ensuring adequate protection for a non-appearing defendant, and this approach led to a set of conditions being identified which, if they are present, will compel the court seised to ascertain that its jurisdiction is not based on a connecting factor which is prohibited under Article 18.

a) First, the court is obliged to verify its jurisdiction if national law so requires. The *renvoi* to national law corresponds to the requirement that States which have a general obligation to verify it, or in any case conditions other than those indicated in Article 19, should be able to continue applying these. When national law provides for circumstances which make the verification of jurisdiction compulsory, these circumstances will therefore be additional to those provided by the Convention.

b) Secondly, jurisdiction must be verified if the plaintiff so requests. This provision takes account of the interest of the plaintiff, in doubtful cases, in having the jurisdiction of the court seised verified, since under Article 26 a judgment based on a prohibited ground of jurisdiction cannot be recognised or enforced in the other Contracting States.

c) The third hypothesis seeks to protect the defendant, by enabling him to request verification of the court's jurisdiction even after judgment has been entered. The arrangements for making such a request are governed by procedures laid down for the purpose in national law, which may attach certain conditions. The Special Commission placed this clause in square brackets, with a view to further examination of its implications under national law.

d) The last hypothesis is based on the idea that the court seised ought to verify its jurisdiction in a case where there is some doubt that the document instituting the proceedings reached the defendant in time for him to prepare his defence, so that there would be no reason for him to suffer the negative consequences of failing to appear. In the two alternative variants put forward, the text seeks to resolve the same problem as in the Brussels Convention, which solves it by reference to Article 15 of the Service Convention. It was decided not to refer to the Hague Convention, either because its Article 15 is not confined to a defendant who fails to appear, or because in any case this Convention is applicable as between States which are Parties to it. It was decided instead to set down in principle a condition similar to that in Article 28, paragraph 1 *b)*, concerning the conditions for the recognition and enforcement of judgments. However, the final wording of this condition will require the attention of the Diplomatic Session at a later stage, and is given in square brackets in the text of the preliminary draft Convention.

237 It should be pointed out that the conditions just discussed only relate to verification of the court's jurisdiction from the viewpoint of grounds of jurisdiction which are prohibited under Article 18. There is no mention in Article 19 of the exclusive grounds of jurisdiction in Article 12, for which there is a problem in verifying jurisdiction even when the defendant appears before the court seised, since these are grounds which are not freely available to the parties. There may also be a problem in future with the protective grounds of jurisdiction in Articles 7 and 8. Therefore, the question of verifying jurisdiction may perhaps merit reconsideration as a whole by the Diplomatic Session.

Article 20

238 Article 20 requires the court which is requested to exercise a required jurisdiction under Chapter II to stay proceedings unless and until it is satisfied that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence. The burden of satisfying the court rests upon the plaintiff. This provision has its counterpart in Article 28(1) *d)* which permits (but does not compel) the court addressed to refuse recognition or enforcement if the document instituting proceedings was not notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for the defence. The defendant is thereby doubly protected.

Paragraph 1

239 There are however a number of issues arising from Article 20, paragraph 1:

240 In the first place, Article 20(1) imposes an obligation to verify timely notification of the claim even in the case where the defendant appears. Since its counterpart in Article 28(1) *d)* was broadened deliberately beyond default judgments, it can be assumed that Article 20(1) also applies in the case where the defendant appears, and raises no objection to the method and timeliness of notification. In common law countries at least, an unprotesting appearance would be seen as making good any deficiencies in service. However, Article 20 imposes on the plaintiff even in that case the burden of establishing that the document establishing the claim was notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for his defence – a matter which would appear to be exclusively within the knowledge of the defendant. If the defendant does not raise the issue, one may assume that the burden will be easily satisfied. But if the defendant does raise the issue, the burden on the plaintiff could become onerous and any doubt will have to be resolved in favour of the defendant. Even if the plaintiff satisfies that burden, the issue can be raised again by the defendant at the stage of recognition or enforcement under Article 28(1) *d)*. Since the provisions of Article 27(2) as to findings of fact only relate to findings as to jurisdictional facts, the court addressed will not be bound by any findings the original court made under Article 20 as to timely notification. The question arises whether the imposition of such a double burden on the plaintiff goes beyond the proper aim of protecting the defendant.

241 Secondly, there is uncertainty as to what is meant by the word "notified" in the English text. The French word "*notifié*" in its technical sense refers to the delivery of the document to the "*huissier*" ("court bailiff") for service.[131] Such a process does not exist in the common law where the word "notified" has no technical meaning. Since the purpose of the provision is to give the defendant a realistic opportunity to

[131] See the Service Convention, Art. 5 chapeau where the French word "*notification*" is rendered in the English text as "arrange to have it served by an appropriate agency".

les termes « *notified* » et « notifié » doivent s'entendre en un sens factuel comme « porté à la connaissance de », ce qui peut englober des méthodes qui ne correspondent pas à une notification au sens strict. Cette interprétation est renforcée par les termes « et de telle manière que », qui montrent que ce qui compte est plutôt le fait de la notification que la technique utilisée.

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

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

Paragraphe 2

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

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

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

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

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

Paragraphe 3

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

Article 21 – Litispendance

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

[132] Pour l'histoire de la litispendance en droit français, voir H. Gaudemet-Tallon, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 121.

defend the claim, the words "notified" and "*notifié*" must be given the factual meaning of "brought to the notice of" which can include methods which may not conform to proper service. This interpretation is supported by the words "and in such a way" which indicates that it is the fact of notification, rather than the method which is the more important.

242 Thirdly, the service must have been effected in sufficient time and in such a way as to enable the defendant to arrange his defence. The requirement of "sufficient time" already occurs in the Service Convention. The words "and in such a way" have been added in the preliminary draft Convention. The test is a factual one and it may not be sufficient for the plaintiff to show that the service complied with the procedural rules of either the State of issue or the State where service took place.

243 Finally, there is the meaning of the words "or that all necessary steps have been taken to that effect". From the discussion in the Special Commission it is clear that those words encompass the case of "substituted service", as known in the common law, whereby a court may order that service be effected other than by notification to the defendant personally. This may range from notification to a lawyer known to be acting for the defendant to an advertisement in a newspaper which the defendant may, or may not, read. In civil law systems it may suffice that the document has been delivered to the "*huissier*" ("*notification*") who may not have been able to actually serve it ("*signification*"). This again is a question which will have to be considered twice: firstly by the original court and secondly by the court addressed under Article 28(1) *d)*. It is to be hoped that this will be done with an understanding of the different methods employed to the same end by different legal systems.

Paragraph 2

244 The second paragraph which is in brackets awaiting determination by the Diplomatic Session preserves the priority of any international arrangement, whether bilateral or multilateral, for the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters. As the language indicates, the instrument the Special Commission had primarily in mind is the Service Convention. In that Convention Article 15 makes provision in relation to the matters provided for in Article 20 of the preliminary draft Convention. A number of important differences should, however, be noted.

245 Article 15 of the Service Convention only applies where the defendant has not appeared. Thus, as between States Parties to the Service Convention there will be no obligation to verify timely notification in cases where the defendant appears, although the defence available under Article 28(1) *d)* will not be affected.

246 Article 15(1) of the Service Convention spells out in some detail how service (as opposed to "notification") may be effected either by reference to the internal law of the State addressed or by actual delivery to the defendant or his residence by another method prescribed by that Convention. In either case the service must have been effected in sufficient time to enable the defendant to defend. A certificate of service is issued pursuant to Article 6.

247 Article 15(2) of the Service Convention allows each Contracting State to make a declaration that, notwithstanding the provisions of Article 15(1), the judge may give judgment, notwithstanding the absence of a certificate of service or delivery, if certain conditions are met. Most States Parties to the Service Convention have made this declaration.

248 The Service Convention has been ratified or been acceded to by a large majority of States who are presently members of the Conference. However, a number of States, including Argentina, Australia, Austria, Croatia, Mexico and Morocco who have participated in the drafting of the preliminary draft Convention have not ratified or acceded to the Service Convention. For States Parties to the Service Convention paragraph 2, if accepted by the Diplomatic Session, will represent a distinct advantage: their obligations as regards each other will be less onerous and more clear. For the others, the obvious option would be to accept the Service Convention. Even if paragraph 2 is not accepted, the Service Convention may still prevail depending on the content of Article 36 which is yet to be drafted. However, if the Diplomatic Session were to decide that Article 20(1) is to prevail, it will in effect derogate from the Service Convention.

Paragraph 3

249 Paragraph 3 which also appears in brackets provides that paragraph 1 shall not apply, in case of urgency, to any provisional or protective measures. Since measures, such as the Mareva injunction, depend on speed and surprise for efficacy such a saving would be essential if Article 13 is to retain any utility. A similar provision appears in the final paragraph of Article 15 of the Service Convention. The acceptance of such an exception would not affect the bar to recognition or enforcement of *ex parte* orders found in Article 28(1) *d)*.

Article 21 – Lis pendens

250 The preliminary draft Convention will offer the plaintiff a choice of fora. For instance, as an alternative to the specific jurisdictions in Articles 6 (Contracts) and 10 (Torts), there will be a general jurisdiction based on Article 3. As regards corporate defendants, there may be four alternative fora available under the definition given in Article 3(2). It is obvious that this may lead in some cases to a conflict of jurisdictions and in others to situations where a defendant may be sued in an inappropriate forum. Both the civil law and the common law have developed mechanisms to deal with this problem. In the civil law the mechanism is that of *lis pendens* which is based on the priority of the first action commenced.[132] It has the advantage of certainty, but the disadvantage of rigidity. It also can be abused by a defendant taking pre-emptive action in seeking a so-called "negative declaration" as to its liability. In the common law the mechanism is that of *forum non conveniens* which prefers the "natural" or "more appropriate" forum which need not be the forum which was seised first. It has the advantage of flexibility and adaptability to the circumstances of each case,

[132] For its history in French law, see H. Gaudemet-Tallon, "La litispendence internationale dans la jurisprudence française", *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 121.

tances de chaque espèce, mais elle manque de certitude et de prévisibilité. Inutile de dire que chaque camp regarde avec une certaine méfiance le système qui ne lui est pas familier.

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

Paragraphe 1

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

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

254 Les procédures concurrentes doivent être diligentées dans des tribunaux d'États contractants différents. De toute évidence, un conflit de procédure au sein du même État sera réglé par l'application de la loi interne de cet État. De la même façon, un conflit entre une procédure entamée dans un État contractant et une procédure entamée dans un État non contractant sera régi par la loi nationale de l'État concerné.

255 Le tribunal premier saisi, pour être considéré comme prioritaire, doit être compétent en application des chefs de compétence obligatoires du chapitre II. Il n'est pas nécessaire qu'il ait spécifiquement appliqué l'un de ces chefs de compétence: il est possible que l'action ne concerne que des personnes habituellement résidentes dans l'État du for, et, par conséquent, n'entre pas dans le champ d'application du chapitre II, mais il reste que la compétence retenue doit être compatible avec les chefs de compétence obligatoires, ce qui sera manifestement le cas lorsque le défendeur est habituellement résident dans l'État du for.

256 Il faut que la décision que rendra le tribunal premier saisi soit susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Par conséquent, cette décision doit entrer dans la définition du «jugement», donnée à l'article 23. Un jugement rendu en application d'un chef de compétence obligatoire prévu au chapitre II a cette qualité en vertu de l'article 25, à la condition qu'il puisse être assorti de l'autorité de chose jugée. Dans cette mesure, aucune situation de litispendance ne peut se présenter lorsque les procédures concernent des demandes, dans différents États contractants, de mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 13. Les décisions rendues sur le fondement de l'article 17 ne sont pas susceptibles d'être reconnues en application du chapitre III, par conséquent, les procédures fondées sur un chef de compétence autorisé par l'article 17 ne peuvent être considérées comme prioritaires. Mais, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent s'incliner devant une procédure antérieure fondée sur un chef de compétence conventionnel obligatoire. Si les deux actions sont fondées sur l'article 17, il reviendra au droit national du juge concerné de trancher la question.

257 Enfin, le tribunal second saisi ne doit pas être exclusivement compétent au sens des articles 4 ou 12. Si le tribunal second saisi est exclusivement compétent, le tribunal premier saisi est dénué de compétence, et une telle situation risque de se présenter dans le cadre de l'article 11(1), même si cet article n'est pas spécifiquement mentionné.

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

Paragraphe 2

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

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

Paragraphe 3

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

Paragraphe 4

262 Comme il a été déjà expliqué, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent céder devant une pro-

[133] Comp. CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo* (C-144/86), *Rec.* 1987, p. 4861.

Rapport Nygh/Pocar

but it lacks certainty and predictability. Needless to say, each side looked with some suspicion at a system with which it was unfamiliar.

251 After long debate the Special Commission has adopted a compromise solution whereby provision is made for both *lis pendens* and for declining jurisdiction in certain circumstances. However, the *lis pendens* provision in Article 21 is made more flexible and priority is denied to the "negative declaration". In return the power to decline jurisdiction in Article 22 is subjected to stringent conditions which emphasise its exceptional character.

Paragraph 1

252 For a situation of *lis pendens* to arise, the following conditions must exist.

253 There must be an identity of parties and of cause of action. The English term "cause of action" can be interpreted narrowly as referring to a particular cause of action such as trespass or negligence. The French version, however, is broader and speaks of "*la même cause et le même objet*" which does not refer to the procedural peculiarities of the common law, but to the underlying cause and object of the litigation. This is further clarified by the use of the words "irrespective of the relief sought". The result is that the words "cause of action" in the English text should be broadly interpreted as referring to the subject matter of the litigation, such as a dispute arising out of a particular contract or incident, rather than to the particular form in which relief is sought. Thus, a claim by one party against the other for damages for breach of contract and a claim by the other party against the first-named that the contract in question was avoided for misrepresentation are based on the same cause of action.[133]

254 The competing proceedings must lie in courts of different Contracting States. Obviously, a conflict of litigation in the same State will be dealt with by the internal law of that State. Similarly, a conflict of litigation between a Contracting and a non-Contracting State is a matter for the national law of the State concerned to resolve.

255 The court first seised in order to gain priority must have a required jurisdiction under Chapter II. It need not specifically exercise that jurisdiction as such: it is possible that the action in the court first seised is between persons habitually resident there and thus outside Chapter II, but the jurisdiction it exercises must be consistent with a required ground under Chapter II which will obviously be the case when the defendant is habitually resident there.

256 The court first seised must be expected to render a judgment which is capable of being recognised under Chapter III of the Convention. The decision must therefore fall within the definition of "judgment" in Article 23. A judgment given in the exercise of jurisdiction based on a required ground set out in Chapter II has that capacity by virtue of Article 25, provided it is capable of gaining the quality of *res judicata*. Thus no *lis pendens* can arise as between proceedings for provisional and protective measures brought in different States under Article 13. Judgments rendered in pursuance of Article 17 do not have the capacity of being recognised under Chapter III and hence proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17 do not have priority. But, by reason of Article 21(4), proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17 must give way to earlier proceedings based on a required jurisdiction. If both proceedings arise under Article 17 jurisdiction, the national law of the relevant court will be applied to resolve the issue.

257 Finally, the court second seised must not have exclusive jurisdiction under Articles 4 or 12. If the court second seised has exclusive jurisdiction, the court first seised lacks jurisdiction and this is likely to be the case in relation to Article 11(1) even though that Article is not specifically mentioned.

258 Once those conditions exist, the obligation on the court second seised to suspend proceedings arises even though no application is made to it to do so. In other words, the court second seised shall act, if need be, on its own motion.

Paragraph 2

259 If a situation of *lis pendens* is established, the court second seised is obliged to suspend proceedings in the first instance. It does not decline jurisdiction until it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under Chapter III. It must therefore be a "judgment" as defined in Article 23 which meets the requirements set out in Article 25. These have been discussed in the preceding section. It is obvious that the judgment must be one on the merits of the dispute between the same parties as in the court second seised.

260 If the plaintiff fails to bring the proceedings in the court first seised to a conclusion on the merits or that court does not render a decision within a reasonable time, the court second seised may, pursuant to Article 21(3) on the application of a party, decide to proceed with the case. What amounts to a reasonable time is not defined and will depend on the assessment of the court second seised.

Paragraph 3

261 The mere fact that another court was seised first does not deprive the court second seised of jurisdiction. The court second seised is only obliged to decline jurisdiction when it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under Chapter III. In the meanwhile the exercise of its jurisdiction is merely suspended. Should the plaintiff fail to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision in the court first seised or should that court fail to render a decision within a reasonable time, the court second seised may terminate the stay and proceed with the case.

Paragraph 4

262 As mentioned before, by reason of Article 21(4), proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17

[133] Compare *Gubisch Maschinenfabrik v. Palumbo* (C-144/86) [1987] *ECR.* p. 4861.

cédure antérieurement diligentée sur le fondement de l'un des chefs de compétence obligatoire.

Paragraphe 5

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

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

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

Paragraphe 6

266 Le paragraphe 6 aborde le problème de l'action déclaratoire, par laquelle une partie vise à faire déclarer qu'elle n'a pas d'obligation à l'égard de l'autre partie au litige. Bien qu'un tel type de procédure existe à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law* et serve parfois des intérêts tout à fait légitimes, il n'en demeure pas moins qu'il est établi que ce type de procédure a parfois été utilisé par des défendeurs éventuels dans le but d'empêcher le demandeur éventuel de choisir le tribunal. Du fait de la rédaction du paragraphe 1, une procédure de ce type intentée en premier prévaudrait sur une action postérieure diligentée devant le tribunal d'un autre État contractant et visant à obtenir une condamnation au fond[136]. La Commission spéciale a souhaité éviter une telle conséquence.

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

Paragraphe 7

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

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

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

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

271 L'article 22 dispose que le tribunal d'un État contractant peut, dans des circonstances exceptionnelles, refuser d'exercer une compétence obligatoire. Toutefois, ce refus ne peut intervenir si la compétence du juge est fondée sur les articles 4, 7, 8 ou 12. Aucune mention n'est faite de la compétence fondée sur le droit national en application de l'article 17. Une

[134] Voir CJCE, *Zelger c. Salanitri*, *Rec.* 1984, p. 2397.
[135] Voir G. Møller, « The Date upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgments Convention », dans *E Pluribus Unum : Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Nijhoff, 1996, p. 219 à 233.
[136] Voir CJCE, *The Tatry*, *Rec.* 1994, p. I-5431.
[137] Voir J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford University Press, 1995, p. 14 à 16.
[138] Pour une vue d'ensemble, voir J.J. Fawcett (*ibid.*), spécialement p. 24 à 27.

must give way to earlier proceedings based on a required jurisdiction.

Paragraph 5

263 Paragraph 5 provides a common definition of the moment when a court shall be deemed to be seised. The absence of such a provision in Article 21 of the Brussels Convention, as originally drafted, led to the matter being referred to the national law of each court seised.[134] Unfortunately, even within the European Union, those laws differ: some regard a court to be seised only after the defendant has been served or after the necessary steps have been taken to notify the defendant; others regard a court as seised of a matter as soon as the initiating document has been filed in the court registry, or, where notification is required before filing, as soon as the documents are delivered to the person or authority responsible for service.[135] The former test favours the defendant in the first action who may be able to take pre-emptive action as soon as it becomes aware of the filing of the writ. The second test favours the plaintiff in the first action who may be able to take the defendant by surprise.

264 The Special Commission has decided to adopt the second option: a court is to be regarded as seised once the initiating document is lodged with the court or, if it is required to be served before lodgment under the law applicable in that court, at the time when that document is received by the authority responsible for service (such as the "*huissier*" or "court bailiff") or when it is actually served on the defendant.

265 The provision referring to "universal time" as the ultimate measure of priority remains in brackets for decision by the Diplomatic Session. This is a system of time measurement based on Greenwich Mean Time but counted from 0 hour which is equivalent to midnight Greenwich Mean Time.

Paragraph 6

266 Paragraph 6 deals with the problem of the so-called "negative declaration" whereby a party to a dispute seeks a declaration that it has no obligation to the other party to the dispute. Although such a procedure is known to both the common law and the civil law and often serves a legitimate purpose, there is no doubt that the procedure has at times been used by a prospective defendant to pre-empt the choice of forum by a prospective plaintiff. As paragraph 1 is framed, a proceeding seeking a negative declaration if first instituted in time would prevail over a subsequent action commenced in another Contracting State seeking to enforce the substantive obligation.[136] The Special Commission wanted to avoid such an effect.

267 In the case of the first action being an action for a negative declaration and the action subsequent in time being one seeking substantive relief, the position provided for in paragraphs 1 to 5 is effectively reversed. It is the court first seised that must suspend the proceedings, if a party so requests, provided the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under Chapter III of the Convention. If no application to suspend proceedings is made to the court first seised or the court second seised is exercising jurisdiction under national law pursuant to Article 17, both actions can proceed since the obligation on the court second seised to suspend proceedings has been rendered inapplicable by sub-paragraph *a)*.

Paragraph 7

268 Paragraph 7 provides that the court first seised may, on the application of a party, decline jurisdiction in favour of the court second seised, if it determines that the latter court is clearly more appropriate to resolve the dispute. Although the paragraph starts with the words "This Article shall not apply", it is in fact by virtue of this paragraph and not by virtue of Article 22 that the jurisdiction is declined in such a case. For that purpose the concluding words of paragraph 7 import the conditions specified in Article 22, in so far as they are relevant, in particular paragraphs 2 and 3 of Article 22. There is, however, one omission which may not have been intended. Article 22 does not contain a provision similar to Article 21(3) dealing with the situation where the plaintiff fails to proceed in the transferee court or that court delays proceedings unreasonably. Paragraph 7 excludes the application of any paragraph of Article 21, except presumably itself.

269 There are, however, some differences between the scope of Article 21(7) and Article 22. In the first place, the court first seised can only decline in favour of the court second seised and not in favour of a third court, even though that court might be even more appropriate. Secondly, since a *lis pendens* can only arise between courts of Contracting States, the second court must be that of a Contracting State. Thirdly, since there is no *lis pendens* situation to which Article 21 applies, if the court first seised is exercising jurisdiction pursuant to Article 17, paragraph 7 is inapplicable, although it may be open to the court first seised to decline jurisdiction under its national law. However, since Article 21 does apply to the reverse situation, a court first seised exercising a required jurisdiction could decline jurisdiction in favour of a court exercising jurisdiction under Article 17.

Article 22 – Exceptional circumstances for declining jurisdiction

270 Under several legal systems it is possible for a court to decline a jurisdiction it might otherwise possess. This happens in common law countries under the doctrine of *forum non conveniens*, which term, however, does not have a uniform meaning in those countries.[137] Civil law systems, generally, do not know of the doctrine of *forum non conveniens*. But there are situations where a civil law court will, and sometimes must, decline jurisdiction by reason of an insufficient connection between the dispute and the forum.[138]

271 Article 22 provides that a court in a Contracting State may, in exceptional circumstances, decline required jurisdiction under Chapter II which it otherwise possesses. It cannot, however, decline jurisdiction if it arises under Articles 4, 7, 8 or 12. No mention is made of jurisdiction under national law which can be invoked under Article 17. On a literal interpre-

[134] See *Zelger v. Salanitri* [1984] *ECR.* p. 2397.
[135] See G. Møller, "The Date upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgments Convention", in *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague, Nijhoff, 1996, at pp. 219-233.
[136] See *The Tatry* [1994] *ECR.* p. I-5431.
[137] See J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford University Press, 1995, at pp. 14-16.
[138] For a general overview, see J.J. Fawcett (*ibid.*), especially at pp. 24-27.

interprétation littérale conduirait à penser que l'article 17, qui se réfère aux « règles de compétence prévues par le droit national », ne s'applique pas aux règles de droit national permettant de décliner la compétence. Selon cette interprétation, un tribunal exerçant sa compétence en application de l'article 17 ne pourrait refuser de l'exercer que dans les conditions posées par l'article 22. Toutefois, on pourrait au contraire estimer que la structure du chapitre II, dévoilée par l'article 21(4), montre que, à moins que les règles de compétence de l'article 17 ne soient spécifiquement mentionnées, elles restent en dehors des dispositions des articles 21 et 22. Cette question devra être clarifiée lors de la Session diplomatique.

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

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

Paragraphe 1

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

275 En premier lieu, la compétence du tribunal ne peut pas être fondée sur certains chefs de compétence. Si, en application de l'article 4, le tribunal a été choisi comme le tribunal exclusivement compétent par le biais d'une clause attributive de juridiction, il ne peut pas refuser d'exercer sa compétence, comme il le peut actuellement en application du droit de certains États[139]. Un tribunal saisi sur le fondement des chefs de compétence de protection des articles 7 et 8 ne peut pas non plus refuser d'exercer sa compétence. Enfin, les compétences exclusives de l'article 12, du fait des intérêts publics qu'elles protègent, ne peuvent pas être déclinées. Bien que l'article 5 ne soit pas spécifiquement mentionné, pour des raisons pratiques, un tribunal qui est compétent en vertu de l'article 5, du fait de la comparution du défendeur qui n'a pas contesté la compétence, doit lui aussi accepter sa compétence dans la mesure où, par définition, au moment où le tribunal devient compétent en application de l'article 5, le délai pour demander au tribunal de décliner sa compétence est écoulé. Aucune référence n'est faite à la compétence exclusive de l'article 11(1) en matière de trusts. Il est donc possible pour le tribunal désigné de refuser d'exercer sa compétence au profit des tribunaux de l'État dans lequel le trust est administré.

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

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

(1) il est clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence ;

(2) le tribunal d'un autre État est compétent ; et

(3) ce tribunal est clairement plus approprié pour statuer sur le litige.

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

279 Le tribunal saisi doit aussi être convaincu que le tribunal d'un autre État est effectivement compétent. Cette compétence doit exister non seulement à l'égard des parties, mais aussi relativement à l'objet du litige. Ainsi, il ne pourrait être soutenu que l'autre tribunal est compétent si la requête exercée par le demandeur n'est pas connue du droit local et ne peut pas donner lieu à réparation. Dans la mesure où il n'est pas nécessaire que l'autre État soit un État contractant, il s'ensuit, *a fortiori*, que l'autre tribunal peut appartenir à un État contractant et être compétent en application de son droit national en vertu de l'article 17. Cette interprétation est renforcée par la seconde phrase de l'article 22(4), qui exige que le défendeur dépose une caution si la compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17. Toutefois, ainsi que l'indique l'article 22(2) *d)*, la question de la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond constitue un facteur de choix important. Pour cette raison il est souhaitable que le for alternatif soit un for obligatoire en vertu du chapitre II, à moins qu'une caution adéquate puisse être obtenue sur le fondement de l'article 22(4). Bien évidemment, il est possible au défendeur de conférer volontairement compétence au for alternatif, ou bien par le biais de l'article 4, ou bien par celui de l'article 5. Cette

[139] *Ibid.*, p. 57 et 58.

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

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

tation, Article 17, by referring to "rules of jurisdiction under national law", does not include rules for declining jurisdiction under national law. On that approach a court exercising jurisdiction under Article 17 can only decline that jurisdiction if the conditions laid down in Article 22 apply. However, it could be argued to the contrary that the scheme of Chapter II, as indicated by Article 21(4), indicates that, unless national jurisdiction under Article 17 is specifically included, it stands outside the provisions of Articles 21 and 22. This point will require clarification at the Diplomatic Session.

272 The provisions of Article 22 must not be confused, however, with the doctrine of *forum non conveniens* as it has operated in common law countries. Article 22 is a provision whereby the forum may defer its jurisdiction in favour of that of a court of another State, but, with one exception, only if that other court actually assumes jurisdiction. It must also be noted that Article 22 applies to all Contracting States. Earlier proposals whereby acceptance of the provision for declining jurisdiction would be optional were not accepted by the Special Commission.

273 However, the Special Commission accepted the proposition that jurisdiction can be declined in favour of a court of a non-Contracting State under the same conditions as apply to a Contracting State.

Paragraph 1

274 The paragraph commences by making it clear that the power to decline jurisdiction can only be exercised in exceptional circumstances. The normal rule is that the plaintiff is entitled to be heard in the forum which the plaintiff has selected and which has required jurisdiction under Chapter II of the Convention. Before that basic rule can be departed from a number of conditions must be satisfied.

275 Firstly, the jurisdiction of the court must not be based on certain grounds. If the forum has been selected as the exclusive forum under a valid choice of jurisdiction clause pursuant to Article 4, it cannot decline to accept that jurisdiction as is currently possible under the laws of certain States.[139] Nor can a court which is asked to exercise jurisdiction by a plaintiff under the protective provisions of Articles 7 or 8 decline to do so. Finally, the exclusive jurisdictions under Article 12, by reason of the issues of public interest they seek to protect, cannot be declined. Although Article 5 is not specifically referred to, as a practical matter, a court which has jurisdiction by virtue of Article 5 based on the appearance of the defendant without contesting the jurisdiction must also accept that jurisdiction since by definition by the time the court gains jurisdiction under Article 5, the time for making a request to decline jurisdiction will have passed. No mention is made of the exclusive jurisdiction under Article 11(1) in relation to trusts and it may be possible for the selected court to decline jurisdiction in favour of a court of the State where the trusts are administered.

276 Secondly, the application that the court seised decline jurisdiction must be made by a party to the proceedings, almost always the defendant. The court cannot decline to exercise its jurisdiction on its own motion. The application must be made in a timely manner: not later than the time of the first defence on the merits. As to what is meant by that term, see the discussion in relation to Article 5, paragraph 2.

277 Thirdly the court must be satisfied that in the circumstances of that particular case:

(1) it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction;

(2) a court of another State has jurisdiction; and

(3) that court is clearly more appropriate to resolve the dispute.

278 Each of these three conditions must be fulfilled. The Convention does not address the question of onus, but it would be logical for the party requesting that the court decline jurisdiction to bring forward the facts and reasons for such a decision. The three conditions must also be looked at separately. Thus, the fact that another forum may be "clearly more appropriate" does not necessarily mean that the forum seised is itself "clearly inappropriate". For example, a plaintiff may bring suit against a corporate defendant at its principal place of business in respect of injuries the plaintiff received while employed by that corporation in another country where the plaintiff was resident and was hired. It may be that the second country is the "clearly more appropriate" forum, but, if the major decisions, including those affecting safety of employees throughout its operations, were made at the principal place of business, it cannot be said that this place is a "clearly inappropriate" forum.[140] On the other hand, if the only connection with the forum seised is the incorporation of the company within the jurisdiction, but the principal place of business as well as the residence of the plaintiffs and the subject matter of the dispute are all more closely connected with another country, it could be said that the forum seised is clearly inappropriate and the other forum clearly more appropriate.[141] In each case it will depend on the facts and circumstances of the case. Finally, as the words "may" and "*peut*" indicate, the power is discretionary. Even if the conditions are satisfied, the court originally seised is not obliged to decline jurisdiction.

279 The court seised must also be satisfied that a court of another State has jurisdiction. That jurisdiction must exist not only as regards the parties but also with respect to the subject matter of the dispute. It cannot be said that the alternative court has jurisdiction if the claim raised by the plaintiff is unknown to its law and it cannot grant relief in respect of it. Since the other State need not be a Contracting State, it follows, *a fortiori*, that the other court may be a court of another Contracting State having jurisdiction by reference to its national law pursuant to Article 17. This conclusion is reinforced by the second sentence in Article 22(4) which requires the defendant to lodge security if the alternative court's jurisdiction arises from Article 17. However, as indicated by Article 22(2) *d)*, the question of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits is an important factor. This makes it at least desirable that the alternative court have required jurisdiction under Chapter II, unless adequate security can be obtained under Article 22(4). It is, of course, open to a defendant voluntarily to confer jurisdiction on the alternative forum either through Article 4 or through Article 5. That alternative jurisdiction must not

[139] *Ibid.*, at pp. 57-58.

[140] The example is based on the facts of the United Kingdom case of *Connelly v. RTZ Corp. Plc* [1997] 3 *WLR* 373.

[141] The example is based on the facts of the United Kingdom case of *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch. 72.

compétence alternative ne doit pas exister uniquement dans l'abstrait, mais, comme l'indique le paragraphe 5, le tribunal alternatif, s'il est saisi par le demandeur, doit effectivement avoir commencé à exercer sa compétence avant que le tribunal saisi au départ puisse décliner sa compétence. Jusqu'à cette date, le tribunal saisi originairement ne peut que surseoir à statuer.

Paragraphe 2

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

Lettre a)

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

Lettre b)

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

Lettre c)

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

Lettre d)

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

Paragraphe 3

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

Paragraphe 4

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

287 Lorsque la compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17, le tribunal saisi de la demande originaire doit ordonner le versement d'une caution s'il décide de suspendre la procédure en application du paragraphe 1, à moins que le défendeur n'établisse que des biens suffisants sont localisés dans l'État dans lequel se trouve l'autre tribunal ou dans

[142] Voir toutefois *Foreign Limitation Periods Act* 1984 (UK).
[143] *Keeton c. Hustler Magazine Inc.* 465 US 770 (1984).

[144] Voir par exemple la décision australienne *Henry c. Henry* (1996) 185 *CLR* 571, qui portait sur un litige concernant une propriété familiale et où les fors alternatifs étaient l'Australie et Monaco, mais où la plupart des biens étaient situés en Suisse.
[145] Comp. par contraste *Piper Aircraft Co. c. Reyno* 454 US 235 (1981).

only be available in the abstract sense, but, as paragraph 5 indicates, the alternative court, if approached by the plaintiff, must actually commence to exercise jurisdiction before the original court seised can decline jurisdiction. Until then, the original court seised can only suspend the exercise of jurisdiction.

Paragraph 2

280 This paragraph sets out the matters which the court shall take into account in determining whether the forum seised is clearly inappropriate and the alternative forum clearly more appropriate. The list is not exhaustive, as indicated by the words "in particular". Other factors, such as: the substantive law to be applied in resolving the dispute, the availability of legal aid or the extent of the relief which may be granted in each forum, may also be relevant. Nor should the list be read as indicating a hierarchy: which factor is the more important will depend on the circumstances of the case. None of the factors can be regarded as conclusive: although a court may hesitate to decline jurisdiction in favour of a court whose judgment on the merits is unlikely to be recognised, other factors may outweigh this consideration.

Sub-paragraph a)

281 This directs the court's attention to the relative inconvenience of the parties. This refers not merely to the distance to be travelled, but also to the inconvenience a party may suffer because of lack of familiarity with the law, procedure, access to lawyers and the language of the other forum.

Sub-paragraph b)

282 This directs the court's attention to the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedure for obtaining such evidence. As regards the latter, there are notable differences under various legal systems about the collection of evidence. Frequently a plaintiff seeks out a particular forum for that reason.

Sub-paragraph c)

283 This directs the court's attention to the applicable limitation periods. In most common law countries limitation periods are characterised as procedural and hence governed by the law of the forum.[142] It has been said by the Supreme Court of the United States of America that a plaintiff is entitled to seek out the forum with the longest limitation period.[143] In most common law countries it is possible for a defendant to waive the benefit of a limitation period by agreeing not to plead it. Such an agreement may counteract consideration set out in sub-paragraph *c)*.

Sub-paragraph d)

284 This factor directs the court's attention to the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits given either by itself or by the alternative forum. In most cases this will involve an inquiry whether the forum will recognise any decision given by the alternative forum and vice versa. Clearly, the question of whether the relevant courts will be able to exercise a jurisdiction which will be entitled to recognition and enforcement under Chapter III of the Convention will be most relevant. But there may be cases where the likelihood of recognition or enforcement in third States may have to be considered, for instance, a third State where the defendant has substantial assets out of which the judgment can be recovered.[144] The court may by making an order for security under Article 22(4) overcome possible problems of recognition.

Paragraph 3

285 This paragraph prohibits discrimination in making the decision to suspend the proceedings either on the basis of favouring a locally resident party or on the basis of giving less weight to the position of a party because it is foreign. A decision which gives less deference to the choice of forum by a foreign plaintiff solely because that plaintiff is foreign, is prohibited by this provision.[145] It makes no difference whether the plaintiff is habitually resident or has its seat in another Contracting State or in a non-Contracting State. This provision reinforces the basic rule that the plaintiff is entitled to choose a forum provided by the Convention. There is no conflict between this provision and the factor of inconvenience based on residence to be taken into account under Article 22(2) *a)*. Paragraph 3 prohibits discrimination against a party because that party is resident abroad. Sub-paragraph *a)* of paragraph 2 raises for consideration any inconvenience which may result to a party because of its residence. As long as those inconveniences are properly balanced and one party is not preferred merely because that party resides within the forum in question, no issue of discrimination arises.

Paragraph 4

286 This paragraph allows the court originally seised to order the defendant to lodge security sufficient to satisfy any decision on the merits which may be made by the alternative forum. Where the alternative court is a court of a Contracting State exercising required jurisdiction under Chapter II, the provision is discretionary; there is no obligation on the original court to make such an order. As remarked before, such an order may be appropriate where doubts exist as to the recognition and enforcement of any judgment to be made by the alternative court or there are fears that the defendant may use the delay caused by the suspension of proceedings pending the institution of fresh proceedings to dissipate its assets.

287 Where the jurisdiction of the alternative court arises under Article 17 the court is obliged to make an order for security if it decides to suspend proceedings under paragraph 1, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the

[142] But see *Foreign Limitation Periods Act* 1984 (UK).
[143] *Keeton v. Hustler Magazine Inc.* 465 US 770 (1984).
[144] See, for instance, the Australian case of *Henry v. Henry* (1996) 185 *CLR* 571, a family property dispute where the alternative fora were Australia and Monaco, but most of the assets were in Switzerland.
[145] Contrast: *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 US 235 (1981).

un autre État dans lequel la décision rendue par ce tribunal est susceptible d'être reconnue. Cette dernière disposition conduit à certaines interrogations.

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

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

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

Paragraphe 5

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

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

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

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 – Définition du terme « jugement »

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

Lettre a)

295 En premier lieu, le chapitre III s'applique à des décisions de toute sorte : injonctions de payer[146] ; injonctions de transférer la propriété d'un bien ou de livrer ce bien ; décisions portant sur la conduite des parties ou décisions fixant les droits et obligations des parties, y compris les décisions déclaratoires. La décision peut être gracieuse ou contentieuse. Elle peut avoir été rendue après une procédure contradictoire ou par défaut. Toutefois, les décisions doivent porter sur des questions qui entrent dans le champ d'application de la Convention, tel que défini dans l'article premier. Ainsi, les décisions de divorce ou les sentences arbitrales sont exclues. Du fait de la disposition spécifique contenue dans la lettre *b)*, les mesures provisoires et conservatoires doivent être exclues de la définition de la lettre *a)*. D'autres décisions avant-dire-droit de nature procédurale, comme des décisions relatives à la recherche ou à l'admissibilité de preuves[147] sont aussi exclues de la définition du terme « jugement ». La reconnaissance des transactions homologuées par un tribunal n'ayant pas l'effet d'une décision judiciaire font l'objet d'un traitement séparé dans l'article 36.

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

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

[146] Une proposition visant à distinguer l'exécution des jugements portant sur une somme d'argent et l'exécution des autres jugements a été rejetée à une forte majorité par la Commission spéciale.
[147] Voir la Convention Obtention des preuves.
[148] Cette définition a été reprise du Rapport explicatif de C.N. Fragistas sur la Convention Exécution de 1971 (*op. cit.* note 5), art. 2, p. 365.
[149] En fonction de la rédaction qui sera retenue de l'art. 37 (Rapport avec d'autres Conventions), il est possible qu'entre les États parties à la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*, les dispositions contenues dans les art. 15, 16 et 17 de cette Convention soient invoquées comme méthode alternative permettant de faire exécuter les décisions relatives aux frais du procès.
[150] Voir C.N. Fragistas (*ibid.*), p. 366.

State of the other court or in another State where the court's decision could be enforced. This latter provision raises some questions.

288 In the first place, no provision is made for the case of the alternative court being in a non-Contracting State. Jurisdiction under Article 17 can only arise in a Contracting State. Presumably, in the case of a non-Contracting State the power to order security is discretionary which does not seem logical.

289 Secondly, the existence of sufficient assets in the State of the other court at the time of the suspension of proceedings is hardly a guarantee that they will still be there when judgment is given. Presumably, even if such assets are shown to exist the original court will still have a discretion to order security; only the obligation to do so has gone.

290 Finally, the question of enforceability in another State which could be either a Contracting or non-Contracting State, will depend on the national law of that third State and not on the Convention. Such a possibility may be hard to assess.

Paragraph 5

291 As remarked earlier, the court originally seised cannot decline jurisdiction unless and until the alternative forum actually commences to exercise jurisdiction with respect to the parties and the substance of the claim. The only exception exists in the case where the plaintiff neglects to bring the proceedings afresh in the alternative forum within the time specified by the original court. Only in that case, by way of sanction against possible sabotage by the plaintiff, can the original court dismiss the proceedings without the proceedings in the alternative forum having commenced.

292 It is for the plaintiff to take action in the other court. There is no obligation under the Convention for the courts themselves to communicate with each other, although, if national law or practice permits this, it is not precluded either. Filing a document instituting proceedings would not be sufficient; the original court must be in a position to determine whether or not the other court has decided to exercise jurisdiction, before it can dismiss the proceedings before it.

293 If the other court decides not to exercise jurisdiction, the original court is under an obligation to terminate the suspension and proceed to adjudicate the case. The word "decides" implies a conscious decision. If the other court simply fails to take action or to proceed, a decision not to exercise jurisdiction may presumably be inferred from a long period of inaction.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 – Definition of "judgment"

294 Article 23 defines the scope of Chapter III when read together with the provisions of Chapter I. It applies to any decision given by a court of a Contracting State whatever that decision may be called according to the law and practice of the State of origin. A number of consequences flow from this.

Sub-paragraph a)

295 In the first place Chapter III applies to decisions of any kind, such as orders for the payment of money,[146] orders for the transfer and delivery of property, orders which seek to regulate the conduct of the parties and orders declaring the rights and liabilities of the parties, including the so-called "negative declaration". The decision may have been made in the exercise of contentious or non-contentious jurisdiction. The decision may have been given after contested proceedings or be a judgment given in default of the appearance of the defendant. However, the decisions must relate to a subject matter which falls within the scope of the Convention as set out in Article 1. Thus, divorce decrees and arbitral awards are not included. In view of the special provision made in sub-paragraph *b)*, provisional and protective measures must be excluded from the definition in sub-paragraph *a)*. Other interlocutory decisions of a procedural nature, such as decisions as to the collection and admission of evidence,[147] are also by implication excluded from the scope of "decision". The recognition of settlements which are approved by a court but do not have the effect of an order of the court are dealt with in Article 36.

296 Secondly, the decision must have been given by a court. This can be described as an authority which regularly exercises judicial functions.[148] This excludes bodies of an administrative or other non-judicial nature which may have authority to make decisions which are binding upon the parties and may, under the law of some States, be enforced as if they were judgments. However, there is no restriction as to the type or level of court. It includes therefore a decision by a court of criminal jurisdiction granting compensation on a civil claim made by the victim or those acting on behalf of the victim of the crime. It is not necessary that the decision be given by a judge. Provided the person making the decision has the authority to do so on behalf of the court, it matters not whether he or she is a judge or other officer of the court.

297 Specific provision is made in relation to decisions in respect of the costs and expenses of the litigation. The words "as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court" cover the situation where under the relevant court structure the determination of both the obligation to pay costs as well as their quantum is delegated to officers of that court. That decision can be made separately from the decision on the merits in the principal case.[149] Those words serve by way of expansion, not restriction. They do not preclude the recognition of costs awards made by the court itself, or of other decisions made by officers of the court provided those decisions have the status of a decision of the court.[150] The proviso has been added to restrict the enforcement of costs orders to those given in relation to judgments which may be recognised or enforced under the Convention. Despite hesitations expressed in the Special Commission, a judgment which merely dismisses a claim made by the plaintiff is still a judgment that can be recognised (albeit not enforced) under the Convention.

[146] A proposal that a distinction be drawn between the enforcement of money judgments and non-money judgments was rejected in the Special Commission by a large majority.
[147] See the Evidence Convention.
[148] This definition has been adopted from the Explanatory Report of C.N. Fragistas on the 1971 Enforcement Convention (*op. cit.* note 5), Art. 2, at p. 365.
[149] Depending on the ultimate content of Art. 37 (Relationships with other Conventions), there could be a possibility that as between States that are Parties to the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice*, the provisions of Arts 15, 16 and 17 of that Convention could be invoked as an alternative method of enforcement of costs orders.
[150] See C.N. Fragistas (*ibid.*), at p. 366.

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

Lettre b)

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

Article 24 – Jugements exclus du chapitre III

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

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

Article 25 – Jugements reconnus ou exécutés

Paragraphe 1

302 En vertu du chapitre III, un seul type de compétence permet la reconnaissance ou l'exécution en application de la Convention. Il s'agit des chefs de compétence ouverts par les articles 3 à 13 du chapitre II et des chefs de compétence dérivés des articles 14, 15 et 16. La compétence doit être spécifiquement fondée sur ces règles ou être compatible avec ces chefs de compétence, comme dans le cas d'un procès purement interne à l'origine, ayant lieu entre des parties qui sont toutes habituellement résidentes dans le même État, et dont le jugement est soumis à la reconnaissance dans un autre État contractant. Ces exigences seront toujours respectées si le défendeur réside habituellement sur le territoire de l'État dans lequel le jugement a été rendu, même si la compétence retenue l'a été sur un autre fondement. Un jugement, tel que défini à l'article 23, fondé sur une telle règle de compétence ou compatible avec ces règles de compétence, est susceptible d'être reconnu ou exécuté en application de l'article 25, à condition qu'il respecte les conditions posées par les paragraphes 2 et 3, portant respectivement sur la reconnaissance et l'exécution, et qu'il ne soit pas contraire aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12. Il faudra par ailleurs tenir compte de la faculté de refuser la reconnaissance et l'exécution dans les conditions posées à l'article 28. Les jugements qui sont rendus sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18 ne seront ni reconnus ni exécutés (art. 26); la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit commun, en application de l'article 17 sont exclues du chapitre III par l'article 24.

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

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

[151] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive.
[152] Voir *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd* (No 2) [1967] 1 AC 855, spéc. p. 966.
[153] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive.

298 Thirdly, the decision must have been rendered by a court of a Contracting State. This solution derives from Article 2(2). This means in the first place that the court must be a court established by, or under the auspices of, a Contracting State. Private tribunals are excluded from Chapter III. So are courts of non-Contracting States: the recognition and enforcement of their decisions in a Contracting State is governed by the national law of that State.

Sub-paragraph b)

299 Specific provision is made in sub-paragraph *b)* with respect to provisional and protective measures. That provision reflects the decision of the Special Commission to allow extraterritorial recognition and enforcement under the Convention of provisional and protective measures ordered by a court having jurisdiction over the merits under the Convention, but to exclude from recognition and enforcement measures ordered by a court lacking such jurisdiction. Sub-paragraph *b)* must therefore be read as not only specifically including provisional and protective measures made in pursuance of jurisdiction under Article 13(1), but also as excluding measures made in pursuance of Article 13(2) and (3), although the latter provision includes its own territorial limitation. It must be remembered, though, that provisional and protective measures which are included within the term "judgment" in Article 23 *b)* must also meet the requirements of the succeeding provisions, especially those in Article 25(2) and Article 28(1) *c)* and *d)* before they can be granted recognition or enforcement.

Article 24 – Judgments excluded from Chapter III

300 The aim of this clause is to exclude the application of the Chapter on recognition and enforcement to judgments rendered by a court whose jurisdiction was established only under its national law. From this it follows that under the Convention there is no obligation of recognition or non-recognition for Contracting States; therefore, each Contracting State remains free to recognise or not to recognise these judgments, according to the provisions of its own national law. Nor can the Convention be interpreted as being the necessary treaty authorisation for recognising or enforcing foreign judgments rendered on the basis of jurisdiction which has been established only under national law, when the national law of the State addressed requires a treaty for this purpose.

301 It should be noted that the exclusion in Chapter III only takes effect when the national law jurisdiction which is applied conforms to the requirements of Article 17 and matches the margin of freedom which this Article confers on Contracting States. In particular, it must not conflict with the provisions reserved in Article 17, or be prohibited under Article 18, when the defendant is habitually resident in a Contracting State. A violation of Article 17 would prevent the judgment from being classed among those which are excluded by Chapter III, and would result in its inclusion. This would imply that Article 26 applies, thereby placing on Contracting States a duty of non-recognition and non-enforcement.

Article 25 – Judgments to be recognised or enforced

Paragraph 1

302 For the purposes of Chapter III there is only one type of jurisdiction which is entitled to recognition or enforcement under the Convention. This is the required jurisdiction under Chapter II provided for under Articles 3 to 13 and the associated jurisdictions provided for in Articles 14, 15 and 16. The jurisdiction must either be specifically based on that ground or, as in the case of a judgment given in a purely domestic case between parties habitually resident in the same State which is later sought to be enforced in another Contracting State, must be on its facts consistent with any such ground. This will always be the case if the defendant is habitually resident in the originating State even if jurisdiction was assumed on another basis. A judgment, as defined in Article 23, which is based on such a ground or is consistent therewith is entitled to recognition or enforcement under Article 25 provided it meets the conditions set out in paragraphs 2 and 3 for recognition and enforcement respectively, and does not conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12. This is subject to the power to refuse recognition or enforcement in the circumstances defined in Article 28. Judgments given in the exercise of jurisdiction which is prohibited by Article 18 shall not be recognised or enforced (Art. 26) and the recognition or enforcement of judgments given in the exercise of jurisdiction based on national laws pursuant to Article 17 is excluded from Chapter III by Article 24.

303 Recognition and enforcement are dealt with separately in Article 25, paragraphs 2 and 3, respectively. They serve different functions. Recognition is given to a judgment "when it is given the same effect that it has in the state where it was rendered with respect to the parties, the subject matter of the action and the issues involved".[151] Its most obvious effect is when a foreign judgment is pleaded to prevent a party to the judgment from bringing a fresh action between the same parties on the same cause of action or to prevent that party from re-litigating in the forum a matter of fact or law necessarily decided between the same parties by a foreign court, even if the cause of action is different.[152] Enforcement occurs when a party to the judgment is given the affirmative relief to which that party is entitled under the judgment.[153] In some legal systems recognition is a prerequisite for enforcement. However, under Article 25 recognition and enforcement are separate and independent concepts. It is obvious that some judgments which are declaratory only can only be recognised. Likewise, as will be shown, it will be possible for some judgments which are not entitled to recognition to be enforceable.

304 In general the conditions for recognition and those for enforcement are the same. The requirements set out in Articles 26, 27 and 28 are applicable to both. For practical purposes, the effect of the requirements set out in paragraphs 2 and 3 of Article 25 will in most cases be the same: the effect of *res judicata* and enforceability will be gained at the same moment of time. But, in certain cases, it is possible that a judgment will have the effect of *res judicata* without being enforceable under the law of the original court. Conversely,

[151] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Topic 2, Introductory Note.
[152] See *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd* (No 2) [1967] 1 AC 855 at 966.
[153] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Topic 2, Introductory Note.

façon, cette loi peut décider qu'un jugement est exécutoire mais n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée[154].

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

Paragraphe 2 – Reconnaissance

306 Un jugement est susceptible d'être reconnu s'il bénéficie de l'autorité de chose jugée dans son pays d'origine. Les termes «*res judicata*» (pour lesquels on utilise aussi les termes anglais «*final and conclusive*») ou «autorité de chose jugée»[156] ont un sens similaire dans les pays de *common law* et dans les pays de tradition romano-germanique. Ils visent le mécanisme par lequel un jugement définitif rendu entre les mêmes parties sur les mêmes questions empêche que la question soit à nouveau soulevée entre ces parties[157]. Une décision qui n'est pas définitive, mais provisoire, comme par exemple la plupart, sinon toutes, les décisions provisoires ou conservatoires, ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée[158]. Un jugement par défaut est, dans la plupart des systèmes juridiques, susceptible de bénéficier de l'autorité de chose jugée.

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

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

309 La Commission spéciale n'a pas accepté la solution adoptée dans l'article 4(2) de la Convention Exécution de 1971, qui exige que la décision étrangère «ne [puisse] plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'État d'origine» avant de pouvoir être reconnue. Elle n'a pas non plus accepté une proposition visant à considérer qu'un jugement est définitif «même si une procédure d'appel ou toute autre forme de recours est pendant ou encore susceptible d'être mis en œuvre». Partant, toute possibilité d'adopter une solution uniforme a été écartée.

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

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

[154] Pour des exemples, voir C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), § 5 II, p. 370.
[155] *Ibid.*, § 6 I, p. 371.
[156] En allemand, «*materielle Rechstkraft*»; en néerlandais, «*gezag van gewijsde*». Ceci doit être distingué de la «force de chose jugée», «*formelle Rechtskraft*», «*kracht van gewijsde*», qui désignent la situation où une décision ne peut plus être remise en cause.
[157] Voir la définition de «*res judicata*» dans J. Burke (dir.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1978; comp. «autorité de la chose jugée», dans G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, 6e éd., Paris, PUF, 1996.
[158] Voir Nouveau Code de procédure civile (NCPC) français, art. 488. Dans l'affaire *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1, la Chambre des Lords a refusé la reconnaissance d'une décision espagnole qui n'était que provisoire et pouvait, au moins en théorie, être modifiée lors de la procédure au principal.
[159] Ceci n'exclut pas la réformation des jugements liée à des circonstances exceptionnelles, par exemple pour des motifs extrinsèques comme la fraude ou l'absence de procès équitable.
[160] *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1; *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (US) § 2.
[161] La définition des recours «ordinaires» dépend du droit de chaque État. Ces recours peuvent englober les procédures d'appel auprès du tribunal immédiatement supérieur exclusivement, ou au contraire viser aussi les procédures d'appel auprès de la plus haute Cour du pays: voir H.J. Snijders (dir.), *Toegang tot Buitenlands Burgerlijk Procesrecht*, 2e éd., Arnhem, Gouda Quint, 1995, *passim*.
[162] R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e Auflage, Cologne, Schmidt, 1997, p. 701, *Rz* 2804 (traduction française établie à partir de la traduction anglaise de P.E. Nygh). Voir aussi, pour les dispositions similaires du droit néerlandais: *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Annotated Commentary, art. 67, note 4 (W.D.H. Asser).
[163] *IPRG Kommentar*, Art. 25 III (Volken), nn. 20-22.

it is possible for a judgment to be enforceable under that law without having the effect of *res judicata*.[154]

305 Finally, as Professor Fragistas pointed out in relation to the 1971 Enforcement Convention, there is a general principle, which also underlies this preliminary draft Convention, namely, that a decision cannot acquire a greater effect abroad than it has in its country of origin. This means that the decision must exist and be valid according to the law of the State of origin.[155]

Paragraph 2 – Recognition

306 A judgment is entitled to recognition if it has the effect of *res judicata* (*autorité de chose jugée*) in the State of origin. The terms "*res judicata*" (also referred to as "final and conclusive") and "*autorité de chose jugée*"[156] have a similar meaning in both civil and common law systems. They refer to the conclusive effect which a final judgment already decided between the same parties acting in the same interest has, preventing them from raising the issue as between them again.[157] A decision which is not final, but provisional, such as most, if not all, provisional and protective measures, does not have the effect of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*".[158] A default judgment is capable of acquiring under most systems the effect of *res judicata*.

307 There is, however, no uniformity as to the point in time when a decision acquires the effect of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*". In the common law *res judicata* arises when a final judgment is given on the issues between the parties which cannot be reconsidered by the same court in ordinary proceedings,[159] even though the decision may potentially or actually be the subject of appeal to a higher court. An English or United States court will apply this definition not only to its own judgments, but also to foreign judgments whatever the effect of that judgment may be under its own law.[160] In contrast, many, if not most, civil law systems take the view that a judgment does not have the status of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*" until the decision is no longer subject to ordinary[161] forms of review.

308 Geimer writes on this point: The original State determines exclusively the point in time when the decision of the original State acquires the effect of *res judicata* (*materielle Rechtskraftwirkung*). Most procedural laws contain a rule which is similar to §705 of the German Law of Civil Procedure whereby the decision only acquires the effect of *res judicata* after it gains "*formelle Rechtskraft*", that is to say, after it can no longer be impugned through ordinary methods of review. Different approaches are taken in France and in the Anglo-American common law region. In France the judgment acquires "*autorité de chose jugée*" as soon as it is pronounced. This effect, however, is suspended as soon as an ordinary method of review is instituted. Only when the decision can no longer be impugned does it acquire the full effect of *res judicata* (*force de la chose jugée*). This distinction has in particular effect on the application of the rule of *lis alibi pendens*. The defence based on *lis alibi pendens* is under French law only applicable as long as no judgment has been delivered, thus only during the proceedings at first instance. If judgment has already been delivered, the *autorité de chose jugée* of this judgment can be applied in fresh proceedings relating to the same subject matter.[162]

309 The Special Commission did not accept the solution adopted in Article 4(2) of the 1971 Enforcement Convention which requires that the foreign judgment "is no longer subject to ordinary forms of review" before it could be recognised. Nor did it accept a proposal that a foreign judgment be treated as conclusive "even though an appeal or other form of review is pending or still available". Hence the opportunity to adopt a uniform approach has been declined.

310 In the course of the second reading of the preliminary draft Convention a proposal was made to frame the requirement in paragraph 2 in terms that the judgment be final in the State of origin. The difficulty is that the use of the word "final" in English as well as the term "*décision définitive*" in French will not necessarily bring clarity. Article 25(b) of the Swiss Federal Act on Private International Law of 1987 provides: "*la décision n'est pas susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive*" (in German "*endgültig*"). A comment on this provision explains that ordinarily the word "*endgültig*" would require that the decision have the quality of *res judicata*, but that the Swiss provision was intended to have a wider effect by including decisions, such as custody determinations in family law, which are always subject to variations.[163] In English the use of the word "final" would produce a similar ambiguity: the word can be used merely to distinguish decisions made on the substantive dispute as opposed to those made in interim or interlocutory matters, or it may be taken to mean "final and conclusive".

311 The solution adopted in paragraph 2 leaves the determination of when a judgment acquires the status of *res judicata* to the law of the State of the court of origin. The party seeking recognition of the judgment must provide documentation as to its status under that law pursuant to Article 29(1) *c)*. Consequently, a United States court cannot recognise a German judgment until that decision is no longer subject to ordinary forms of review under German law. Conversely, a German court must recognise an English judgment which is conclusive under English law even though it is still subject to ordinary forms of review. In the latter case, the German court may postpone recognition or enforcement of the judgment under paragraph 4 of Article 25. What neither court may do, however, is apply its own standards of what constitutes a judgment that is conclusive or has the "*autorité de chose jugée*" to a judgment of the other. On this basis the defensible position is reached that no foreign judgment should have a greater status abroad than it enjoys under its own law.

[154] See, for examples, C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), §5 II, at p. 370.
[155] *Ibid.*, §6 I, at p. 371.
[156] In German "*materielle Rechtskraft*", in Dutch "*gezag van gewijsde*". This must be distinguished from "*force de chose jugée*", "*formelle Rechtskraft*", "*kracht van gewijsde*", which refer to the situation when the judgment can no longer be impugned.
[157] See the definition of "*res judicata*" in J. Burke (ed.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1978; cp. "Autorité de la chose jugée", in G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, 6th ed., Paris, PUF, 1996.
[158] See Nouveau Code de procédure civile (NCPC, France) Art. 488. In *Nouvion v. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1, the House of Lords refused recognition to a Spanish "*remate*" order because it was provisional and could, at least in theory, be reviewed at the hearing of the principal suit.
[159] This does not preclude the setting aside of the judgment in certain special circumstances, *e.g.*, for extrinsic fraud or denial of natural justice.
[160] *Nouvion v. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1; Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act 1962 (US) §2.
[161] What constitute "ordinary" forms of review also depends on the law of each country. It can range from appeals to the next intermediate court only to a definition which includes appeals to the highest court in the land: see H.J. Snijders (ed.), *Toegang tot Buitenlands Burgerlijk Procesrecht*, 2nd ed., Arnhem, Gouda Quint, 1995, *passim*.
[162] R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e Auflage, Cologne, Schmidt, 1997, p. 701, *Rz* 2804 (translation by P.E. Nygh). See also as regards the Netherlands to the same effect: *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Annotated Commentary, Art. 67, note 4 (W.D.H. Asser).
[163] *IPRG Kommentar*, Art. 25 III (Volken), nn. 20-22.

Paragraphe 3 – Exécution

312 La première question est celle de savoir si la reconnaissance du jugement par application du paragraphe 2 est un préalable nécessaire à l'exécution. Une proposition qui rendait explicite le fait qu'une reconnaissance préalable est nécessaire pour l'exécution, comme c'est le cas dans la plupart des pays de *common law*, n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Dans l'article 4 de la Convention Exécution de 1971, l'exigence du caractère exécutoire est posée « en outre », c'est-à-dire en plus des conditions de reconnaissance. C'est aussi le cas dans de nombreux systèmes juridiques, de tradition romano-germanique comme de *common law*[164]. Néanmoins, il ne serait pas inconcevable de bâtir un système dans lequel les jugements étrangers seraient susceptibles d'être exécutés, même s'ils sont dépourvus d'autorité de chose jugée[165]. L'article 31 de la Convention de Bruxelles n'exige pas que le jugement dont l'exécution est recherchée soit revêtu de l'autorité de chose jugée, mais se contente d'exiger qu'il soit exécutoire[166].

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

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

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

Charge de la preuve

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

Article 26 – Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés

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

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

Article 27 – Vérification de la compétence

319 Comme on l'a déjà fait remarquer, en application de l'article 25(1), sera reconnu ou exécuté un jugement qui a été rendu sur la base de l'un des chefs de compétence posé par les articles 3 à 13, ou d'un chef de compétence compatible avec ceux-ci. L'article 26 interdit la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18. Le tribunal d'un État contractant qui entend exercer une compétence non

[164] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive. Loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987, art. 28. Pour le droit allemand, voir J. Kropholler (*op. cit.* note 12), § 60 II.3.
[165] *Ibid.*
[166] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), p. 43.
[167] Voir art. 514 du NCPC français (exécution provisoire de droit des ordonnances de référé) et art. 515 (exécution provisoire autorisée par le tribunal dans les autres cas).

[168] Pour un exemple, voir art. 4 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*.

Paragraph 3 – Enforcement

312 A preliminary question arises whether the recognition of a judgment under paragraph 2 is a necessary prerequisite to enforcement. A proposal which made it clear that recognition was a pre-condition to enforcement, as is the case under common law systems, was not accepted by the Special Commission. Under Article 4 of the 1971 Enforcement Convention the requirement of enforceability was "in addition to" the requirement of recognition. This is also the case in many common law and civil law systems.[164] Nevertheless, a system whereby foreign judgments without the status of *res judicata* are enforced is not unthinkable.[165] Article 31 of the Brussels Convention does not require that the judgment sought to be enforced have the effect of *res judicata*, but merely that it be enforceable.[166]

313 It is of course possible for a judgment to be enforceable although it lacks the effect of *res judicata* under the law from which it emanates. Reference has already been made to provisional and protective measures and the same can be said of other intermediate decisions which do not form part of the final judgment on the merits. Furthermore, under the civil law, it is possible for a court to grant leave to execute a judgment in whole or in part while the ordinary forms of review have not yet been exhausted.[167]

314 The structure of Article 25 proceeds on the basis that the conditions for recognition and enforcement are not dependent on each other. This is indicated by the consistent use of the disjunctive "or" instead of "and" and by the separate treatment in paragraphs 2 and 3 of recognition and enforcement respectively. Any other interpretation would render the provisions of Articles 13(1) and 23 *b)* largely devoid of meaning since most, if not all, provisional measures lack the status of *res judicata*. It would also prevent the enforcement of foreign judgments even though they had been made provisionally enforceable in the State of origin. Whether a judgment is enforceable must also be determined according to the law of the State of origin. The party seeking enforcement of the judgment must provide documentation as to its status under that law pursuant to Article 29(1) *c)*. In common law countries the judgment will generally be enforceable as soon as it is rendered, even when an appeal is lodged, unless a stay of execution is granted. In civil law countries the position is the reverse. However, in practice the decision to grant a stay or to allow provisional enforcement is likely to be influenced by similar considerations of the chances of success of the appeal and the bona fides of the appellant.

315 Obviously, a requirement that recognition be a prerequisite for enforcement will protect the judgment debtor who can be assured that no enforcement will take place until and unless the judgment is beyond challenge. On the other hand, it disadvantages the creditor who not only has to wait but may be hampered by frivolous appeals for the sole purpose of delaying enforcement. This is recognised by civil law countries which permit provisional enforcement in certain cases even though ordinary methods of review are not yet exhausted. If it is desired to make recognition a prerequisite for enforcement, consideration should be given to allowing certain provisionally enforceable decisions and provisional measures to be enforced despite the lack of *res judicata*.[168]

Onus of proof

316 Since the conditions set out in Article 25 are essential preconditions to recognition or enforcement, the burden of establishing their existence rests upon the party seeking to rely on the judgment. This is further reinforced by the provisions found in Article 29(1) *c)*.

Article 26 – Judgments not to be recognised or enforced

317 This Article requires Contracting States not to recognise or enforce a judgment rendered by a court which has founded its jurisdiction on a connecting factor which does not comply with the Convention's provisions on choice of court or the protection of the weaker party, or in breach of exclusive grounds of jurisdiction, or on a ground of jurisdiction which is prohibited by Article 18. This provision is the logical consequence of failure to respect the binding rules of jurisdiction laid down in the Convention, and the restrictions on the margin of freedom allowed to Contracting States to adopt, in their national law, other grounds of jurisdiction as well as those admitted by the Convention.

318 The obligation not to recognise or enforce certain judgments when these are based on grounds of jurisdiction not in conformity with the principles laid down in the Convention is also of crucial importance in the framework of a Convention which, although it cannot without a degree of latitude be called "double", does contain rules on the allocation of jurisdiction among the Contracting States. In a simple convention it is sufficient, in order to ensure that the convention will operate properly, not to include an obligation to recognise a foreign judgment when the convention's rules on jurisdiction have not been respected; but in a double or mixed convention it is essential to include an obligation of non-recognition of such a judgment. In the absence of this obligation, if States remained free to recognise judgments based on prohibited grounds of jurisdiction, the Convention's allocation of jurisdiction would be brought into question, thus undermining the legal security and the protection which it aims to bring about.

Article 27 – Verification of jurisdiction

319 As mentioned before, under Article 25(1) a judgment which is based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13 or which is consistent with any such ground shall be recognised or enforced. Article 26 prohibits the recognition or enforcement of judgments based on grounds of jurisdiction which conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12 or which are prohibited by Article 18. A court of a Contracting State which purports to exercise jurisdiction in conflict

[164] See *Restatement (Second), Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Introduction to Topic 2; Swiss Federal Act on Private International Law 1987, Art. 28. As to German law, see J. Kropholler (*op. cit.* note 12), §60 II.3.
[165] *Ibid.*
[166] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), p. 43.
[167] See NCPC (France) Art. 514 (provisional enforcement of "*référé*" orders by operation of law), Art. 515 (provisional enforcement may be ordered by a court in other cases).
[168] See, for an example, the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, Art. 4.

conforme à ces dispositions est dénué de toute compétence. Avant que l'obligation posée par l'article 25(1) puisse être efficace, l'article 27 exige que l'exercice de sa compétence par le for d'origine soit vérifié par le for de reconnaissance. Un tel contrôle suppose à la fois que soit positivement établi que le tribunal d'origine était compétent en application des articles 3 à 13 ou des compétences dérivées des articles 14, 15 et 16 de la Convention, et que, négativement, soit établi que l'exercice de cette compétence n'était pas incompatible avec les articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou n'était pas interdite en vertu de l'article 18. Il revient à la partie demanderesse à l'exécution de prouver que ces exigences sont bien satisfaites. Dans la mesure où le chapitre III ne concerne que les décisions rendues dans un autre État contractant sur le fondement de l'un des chefs de compétence conventionnel, toute les exigences concernant les décisions rendues dans un État contractant en application de l'article 17 ou encore rendues dans un État non contractant sont régies par le droit commun du tribunal requis.

Paragraphe 1

320 Si le défendeur comparaît lors de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis peut en principe s'attendre à ce que ce défendeur soulève toutes les objections relatives au défaut de compétence. Toutefois, même si le défendeur comparaît mais ne soulève pas d'objection, le tribunal requis peut décider d'office que le tribunal d'origine était dépourvu de compétence. Si le défendeur ne comparaît pas ou n'est pas représenté, le tribunal requis ne peut pas estimer que l'absence de comparution est une reconnaissance implicite du fait que le for de jugement était bien compétent. Certains éléments doivent être mis à la disposition du tribunal requis, comme les constatations de fait du tribunal d'origine dans la procédure en cause ou tout autre élément de preuve, éléments par lesquels le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution fournit tous les faits relatifs à la compétence permettant d'établir que le tribunal d'origine était bien compétent. Il ne suffit pas de se contenter des documents mentionnés dans l'article 29(1), à moins que figurent dans la copie produite du jugement des constatations explicites sur les faits ayant servi de fondement à la compétence du juge d'origine et à condition que le jugement n'ait pas été rendu par défaut (voir art. 27(2)). Le degré d'exigence quant à la preuve à apporter et aux informations à fournir est déterminé par la pratique judiciaire et le droit national de l'État requis. Si le tribunal requis estime que les preuves apportées sont insuffisantes, il peut, en application de l'article 29(3), demander la production de tout autre document utile. Le tribunal requis doit être convaincu que, conformément à sa propre interprétation de la Convention, le tribunal d'origine était bien compétent, et que, bien évidemment, la Convention est applicable à cette décision.

Paragraphe 2

321 Le paragraphe 2 dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut. La rédaction du paragraphe 2 est fondée sur celle de l'article 9 de la Convention Exécution de 1971[169]. L'objet de cette disposition est d'empêcher le défendeur à la reconnaissance de retarder l'exécution en soulevant des questions qui ont été ou auraient pu être soulevées au cours de la procédure d'origine[170]. Cette disposition lie le tribunal requis uniquement pour les constatations de fait ayant servi à établir la compétence ; il revient au tribunal requis de déterminer quelle conclusion juridique il faut tirer de ces constatations. Ainsi, un tribunal français peut se déclarer compétent en application de l'article 6 sur le fondement de ce que les biens objet du contrat ont été fournis à Mulhouse et non à Bâle. Si la compétence est établie sur la constatation que les biens qui ont été transportés par un tiers ont étés matériellement livrés à l'acheteur à Mulhouse, le tribunal requis sera lié par ces constatations. Mais le tribunal requis sera libre de déterminer le lieu de fourniture des biens si la question est celle de la détermination juridique de ce lieu, qui peut être le lieu où les biens ont été remis au transporteur pour que celui-ci les achemine, ou le lieu où ils ont été finalement remis à l'acheteur. Dans la mesure où, sur ces questions, les droits nationaux peuvent adopter des solutions différentes, le tribunal requis peut mettre en œuvre une solution différente. La question de la détermination de la résidence habituelle peut donner lieu à des problèmes similaires. La constatation qu'une personne a séjourné physiquement dans un certain lieu liera le tribunal requis, mais non la conclusion selon laquelle ce séjour est constitutif d'une résidence habituelle[171]. Une recherche des décisions publiées portant sur des dispositions analogues existant dans les Conventions de La Haye antérieures n'a pas permis de découvrir la moindre difficulté soulevée par ces dispositions[172].

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

[169] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 383. Des dispositions analogues peuvent être trouvées dans l'art. 6 de la Convention Exécution de 1971, dans l'art. 9 de la Convention Aliments – Exécution de 1973, dans l'art. 25 de la Convention Protection des enfants de 1996 et de l'art. 24 de la Convention Protection des adultes de 2000. Voir aussi la Convention de Bruxelles, art. 28, 2e para.

[170] Pour l'historique de cette disposition, voir «Rapport de la Commission spéciale présenté par M. Ch.N. Fragistas», *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966). Exécution des jugements*, p. 24 à 47, à la p. 29. À la différence des négociations menées en 1964, il n'y a eu cette fois-ci aucune opposition sur l'inclusion de cette disposition.

[171] À moins que l'on ne considère que la résidence habituelle est un concept purement factuel. Voir E. Clive (*op. cit.* note 35), 137 ; P. Beaumont et P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 80 à 88. Voir aussi P. Bellet et B. Goldman, Rapport explicatif sur la Convention Divorce de 1970, *Actes et documents de la Onzième session (1968)*, tome II, *Divorce*, p. 210 à 223, à la p. 217, No 37.

[172] Voir M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tomes II à V inclus, dans lesquels il n'a pas été possible de trouver la moindre décision faisant état d'une telle difficulté.

[173] Comp., par exemple, la définition très étroite retenue par l'art. 473 du NCPC français avec la définition très large retenue en Angleterre : *RSC, Orders* 13 et 19.

[174] Cette solution a été défendue, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, art. 27 (2), par l'avocat général Jacobs, *Sonntag c. Waidmann* (C-172/92), *Rec.* 1993, p. I-1963, spéc. p. 1987.

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

Rapport Nygh/Pocar

with any of these provisions, lacks competence. Before the obligation under Article 25(1) can take effect, Article 27 requires that the exercise of jurisdiction by the court of origin be verified by the court addressed. That requires both a positive finding that the court of origin had jurisdiction under Articles 3 to 13 or its extensions in Articles 14, 15 and 16 of the Convention. and negatively that the jurisdiction exercised by that court did not conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12 and was not prohibited by virtue of Article 18. The burden of satisfying the court of these matters will rest upon the party seeking enforcement. Since Chapter III only applies to judgments based on the exercise of a required jurisdiction rendered in another Contracting State, any obligation to verify a judgment rendered in another Contracting State pursuant to Article 17 or rendered in a non-Contracting State is a matter for the national law of the court addressed.

Paragraph 1

320 If the debtor appears in the proceedings for recognition or enforcement, the court addressed can normally expect that the debtor will raise any issue relating to lack of jurisdiction. However, even if the judgment debtor were to appear in the enforcement proceedings and fail to raise an objection to the jurisdiction of the original court, the court addressed may decide on its own motion that the original court lacked jurisdiction. If there is no appearance by or on behalf of the debtor, the court addressed cannot rely merely upon the absence of the judgment debtor as an implied concession that the original court had jurisdiction. Some material must be before the court addressed, such as the findings of the court of origin in contested proceedings or other evidence as to the relevant jurisdictional facts supplied by the applicant for recognition or enforcement from which it can be satisfied that the court of origin had jurisdiction. It will not be sufficient to rely on the production of the documents referred to in Article 29(1), unless there are explicit findings on the jurisdictional facts in the copy of the judgment produced and it is not a default judgment: see Article 27(2). The standard of information required and of proof will be a matter for the law and practice of the court addressed. If the court addressed has insufficient evidence, it may under Article 29(3) require the production of any other necessary documents. The court addressed must be satisfied, according to its understanding of the Convention, that the original court had jurisdiction and, indeed, that the Convention is applicable to the judgment.

Paragraph 2

321 Paragraph 2 provides that the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the original court based its jurisdiction unless the judgment was given by default. The wording of paragraph 2 is based upon Article 9 of the 1971 Enforcement Convention.[169] The purpose of the provision is to prevent the judgment debtor from delaying enforcement by re-raising issues that were, or could have been, raised in the original proceedings.[170] The provision binds the court addressed only as regards the findings of fact on which the conclusion as to jurisdiction is based; it is for the court addressed to determine what conclusions of law should follow from such findings. Thus, a French court may assume jurisdiction under Article 6 on the basis that the goods which were the subject of the contract were supplied in Mulhouse, and not in Basel. In so far as that assumption of jurisdiction is based on a finding of fact that the goods which were carried by a third party physically reached the buyer in Mulhouse, the court addressed would be bound. But, in so far as the matter raised the issue of where the supply took place as a matter of law, that is either at the place where the goods were delivered to the carrier for carriage to the buyer or at the place where they were ultimately delivered to the buyer, this would be a matter for the court addressed to determine. Since national laws on this point may differ, the court addressed may apply a different rule. Similar questions may arise in relation to habitual residence. A finding that a person has physically stayed at a particular place will be binding, but the deduction therefrom that this constitutes habitual residence will not.[171] A search of reported decisions of similar provisions under previous Hague Conventions did not disclose any problems arising out of them.[172]

322 The binding effect of a finding on jurisdictional facts does not apply to default judgments. Although the recognition of default judgments is covered by the Convention, a heavier burden rests upon the applicant for recognition or enforcement of such judgments. The applicant has to establish in accordance with Article 29(1) *b)* that due notice of the commencement of the proceedings was given to the defendant and also has the burden of establishing the facts upon which the original court assumed jurisdiction. The term "default judgment" is not defined in the Convention and there are considerable differences in national law and practice.[173] An autonomous definition is preferable to the vagaries of either the law of the court of origin[174] or of the court addressed. Having regard to the protective purposes of the provisions of the preliminary draft Convention, it can be said that for its purposes a default judgment is given in proceedings in which the defendant did not have the opportunity of defending himself before the court of origin.[175] A defendant who appeared only to contest the jurisdiction of the original court under Articles 3 to 13 of the Convention, lost on that issue and thereafter withdrew from the proceedings on the merits, cannot dispute the findings of jurisdictional facts on which the assumption of jurisdiction was based. Otherwise the very purpose of the provision would be defeated.

[169] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 383. Similar provisions are found in Art. 6 of the 1971 Enforcement Convention, Art. 9 of the 1973 Maintenance – Enforcement Convention, Art. 25 of the 1996 Child Protection Convention and Art. 24 of the 2000 Adults Convention. See also Brussels Convention Art. 28, 2nd para.

[170] For the history of the provision, see "Rapport de la Commission spéciale presenté par M. Ch.N. Fragistas", in *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966). Exécution des jugements*, pp. 24-47, at p. 29. Unlike in 1964, there was no disagreement in the present Special Commission about the insertion of this provision.

[171] Unless one considers habitual residence to be a purely factual concept: see E. Clive (*op. cit.* note 35), 137; P. Beaumont and P. McEleavy, *The Hague Convention on International Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 88-90. See also P. Bellet and B. Goldman, Explanatory Report on the 1970 Divorce Convention, *Actes et documents de la Onzième session (1968)*, Tome II, *Divorce*, pp. 210-223, at p. 217, No 37.

[172] See M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tomes II to V inclusive, where no reference to any reported case was found.

[173] Compare, for instance, the very restrictive definition under NCPC (France) Art. 473 with the very broad approach under RSC (England) Orders 13 and 19.

[174] The solution advocated in relation to Art. 27 (2) of the Brussels Convention by Jacobs AG in *Sonntag v. Waidmann* (C-172/92) [1993] *ECR*, p. I-1963 at 1987.

[175] Based on the interpretation given by the European Court of Justice to the words "in default of appearance" in *Hendrikman v. Magenta Druck und Verlag GmbH* [1997] 2 *WLR* 349, at 363, para. 15.

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

Paragraphe 3

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

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

Paragraphe 1

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

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

Lettre a) – *Litispendance*

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

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

Lettre b) – *Jugements inconciliables*

329 La lettre *b)* permet au tribunal requis de ne pas reconnaître une décision qui est inconciliable avec un jugement rendu dans l'État requis ou dans un autre État, contractant ou non. Des jugements sont considérés comme inconciliables lorsque les constatations de fait ou les conclusions de droit auxquelles ils parviennent s'excluent mutuellement[176]. Dans la version anglaise, le terme « *inconsistent* » a été préféré à « *irreconcilable* » pour traduire le terme français « inconciliable ». Le caractère inconciliable ne doit pas être confondu avec la litispendance. Une situation de litispendance peut tout à fait conduire à des décisions conciliables ; le problème principal est celui de la multiplication des efforts, et de la dépense de temps et d'argent. Par ailleurs, des décisions inconciliables peuvent très bien résulter d'actions ayant des objets différents et peuvent même survenir lorsque les parties ne sont pas les mêmes, dans l'hypothèse, par exemple, où une décision condamne le garant à payer une dette qu'une autre décision rendue entre le créancier et le débiteur principal a déclaré être nulle. Il n'est pas non plus nécessaire de systématiquement favoriser le jugement inconciliable qui est le premier rendu ou qui résulte d'une procédure antérieurement instituée.

330 Il résulte clairement des termes employés par cette lettre que le tribunal requis peut accorder sa préférence au jugement rendu dans l'État du for, même si le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est antérieur ou résulte d'une procédure antérieurement instituée. Bien que les articles 21 et 28(1) *a)* visent à éviter ce type de situation, le champ d'application limité de l'article 21 ne peut pas les prévenir toutes. Ainsi, dans la mesure où les actions déclaratoires sont exclues par l'article 21(6), une décision constatant que le demandeur n'a pas commis de violation de ses obligations contractuelles obtenue dans l'État requis pourra empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une décision condamnant à des dommages et intérêts pour violation d'une

[176] Comp. la définition du terme « inconciliable » donnée par la CJCE pour les besoins de l'art. 27 (3) de la Convention de Bruxelles dans l'arrêt *Hoffmann c. Krieg* (145/986), *Rec.* 1988, p. 645. Il s'agit de « conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement ».

323 In some cases it will not be apparent from the terms of the judgment sought to be recognised or enforced on what basis that court assumed jurisdiction. It may have assumed jurisdiction in a dispute between parties habitually resident in the one Contracting State to which the Convention only became relevant when the judgment creditor sought to enforce it in another Contracting State because the defendant had assets there. Or the court of origin may out of ignorance have ignored the existence of the Convention. As indicated by the words used in Article 25(1) "or is consistent with any such ground", the absence of a specific finding under the terms of the Convention should not, by itself, disqualify the judgment from recognition under the Convention, provided the facts establish a ground of jurisdiction under the Convention. Some courts, particularly in internal judgments, may not make any finding as to jurisdiction at all. Again, provided facts can be established which would have justified taking jurisdiction under the Convention, the requirement of Article 27 will be satisfied.

Paragraph 3

324 Paragraph 3 provides that recognition or enforcement may not be refused on the ground that the court addressed considers that the court of origin should have declined jurisdiction under Article 22. Since Article 22 does not impose an obligation to decline jurisdiction but merely provides for a discretion to do so, one would have thought the point was obvious.

Article 28 – Grounds for refusal of recognition or enforcement

Paragraph 1

325 Article 28 defines the circumstances in which recognition or enforcement may be refused to judgments which satisfy the requirements of Article 25(1). They apply equally to recognition and enforcement. The list of grounds for refusal is exhaustive: other grounds not mentioned, such as the application by the court of origin of a law other than that which would have been applicable according to the private international law of the State addressed, are excluded. The court addressed is therefore obliged to recognise or enforce a judgment which meets the conditions in Article 25, recognition of which is not prohibited under Article 26 and against which none of the grounds in Article 28 can be established. But it is not bound in all circumstances to deny recognition or enforcement to a judgment against which one or more of the grounds in Article 28 can be established. The words "may" and "*peut*" confer a discretion on the court addressed.

326 In principle, the onus of establishing one or more of the grounds set out in Article 28 rests upon the party opposing the recognition or enforcement of the judgment. A proposal that certain objections such as public policy be verified *ex officio* was not accepted by the Special Commission. To this there is one partial exception: in the case of a default judgment where the party seeking recognition has under Article 29(1) *b)* the obligation to establish that the document instituting proceedings or an equivalent document was served on the defaulting party. However, any objection that this service was in insufficient time to prepare the defence should be brought forward by the debtor. Apart from this, if the debtor does not appear or does not raise an objection, the obligation under Article 25 to recognise or enforce the judgment applies.

Sub-paragraph a) – *Lis alibi pendens*

327 This provision allows the court which is first seised under the conditions set out in Article 21 to deny recognition or enforcement should the court second seised have proceeded to judgment before the proceedings in the court first seised have resulted in a judgment. There must have existed a situation in which the court second seised had to yield to the priority of the court first seised under Article 21. If those conditions are not satisfied, for example, in the case where the court first seised was exercising jurisdiction pursuant to Article 17 which is not entitled to priority or was seised only of proceedings for a negative declaration, it will not be entitled to refuse recognition or enforcement because the proceedings in the court first seised are still pending. If the condition of *res judicata* is fulfilled, the recognition of the judgment of the court second seised should then put an end to the litigation.

328 Of course, if the proceedings in the court first seised have resulted in a judgment, even if given in the exercise of a jurisdiction pursuant to Article 17 or in the form of a declaration that a party has no obligation to the other, sub-paragraph *b)* as discussed below will apply.

Sub-paragraph b) – *Inconsistent judgments*

329 Sub-paragraph *b)* relieves the court addressed from the obligation to recognise a judgment which is inconsistent with a judgment of the State addressed or of another State, whether a Contracting State or not. Judgments are inconsistent when the findings of fact or conclusions of law in relation to the same issues on which they are based, are mutually exclusive.[176] In the English version the word "inconsistent" was preferred to "irreconcilable" as a counterpart to the French "*inconciliable*". The quality of being inconsistent should not be confused with *lis alibi pendens*. A *lis pendens* situation can lead to compatible results; the main problem there is the duplication of time, effort and money. Inconsistent judgments, on the other hand, can result from causes of action in respect of subject matters which are different and may even arise when the parties are different as when one judgment condemns a guarantor to pay for a debt that as between the creditor and principal debtor has been annulled in another judgment. Nor is preference necessarily given to the inconsistent judgment which is prior in time or which results from proceedings which are instituted prior in time.

330 It is clear from the wording of the sub-paragraph that the court addressed may give preference to a local judgment even though the judgment of which recognition or enforcement is sought was earlier in time or resulted from proceedings instituted earlier in time. Although Articles 21 and 28(1) *a)* are intended to prevent such a situation occurring, the limited scope of Article 21 will not prevent it happening. Thus, since negative declarations are excluded in Article 21(6), a negative declaration obtained in the State addressed to the effect that the defendant was not in breach of contract may prevent the recognition or enforcement of a

[176] Compare the definition of "irreconcilable" given by the ECJ in *Hoffmann v. Krieg* (145/1986) [1988] *ECR*, p. 645 in relation to Art. 27 (3) of the Brussels Convention: "legal consequences that are mutually exclusive".

obligation contractuelle. Le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée dans le cadre de l'article 28 est nécessairement un jugement rendu sur le fondement de l'une des compétences posées par les articles 3 à 13 de la Convention, mais en revanche, le jugement inconciliable n'est pas nécessairement un jugement susceptible de bénéficier des dispositions du chapitre III. Il peut s'agir d'une décision prise au terme d'une procédure n'impliquant que des personnes habituellement résidentes dans l'État d'origine auquel le chapitre II ne s'applique pas ou bien d'une décision rendue sur le fondement d'une règle de compétence prévue par le droit national en application de l'article 17. Il ne peut, bien évidemment, s'agir d'une décision rendue dans un État contractant sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18, dans la mesure où le tribunal d'origine, dans cette hypothèse, serait incompétent. De plus, le jugement local ne doit pas nécessairement être un jugement qui remplit les conditions de reconnaissance ou d'exécution au sens de l'article 25 au moment où la reconnaissance ou l'exécution de l'autre décision est demandée. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il bénéficie de l'autorité de chose jugée ou soit exécutoire.

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

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

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

333 La référence au tribunal indépendant et impartial est tirée de l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies de 1966, qui dispose que « chacun a droit à être entendu de façon équitable et publique par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi »[179].

Lettre d) – *Défaut de notification*

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

335 La lettre *d)* contient deux conditions séparées. Ce sont la notification de l'acte introductif d'instance ; et le fait que cette notification ait été faite en temps utile et de telle manière que le défendeur a pu organiser sa défense. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le jugement peut se voir refuser la reconnaissance ou l'exécution.

(i) – Notification au défendeur

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

337 À la différence de dispositions analogues dans d'autres conventions qui utilisent le terme anglais « *service* » pour rendre compte de la notification de l'acte introductif d'instance, ou exige que le défendeur soit informé conformément à la loi d'un État, la Commission spéciale a délibérément utilisé

[177] Comp. avec l'art. 5(3) de la Convention Exécution de 1971 et C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 382, § 8 IV 2.
[178] Cette solution a été dégagée par les États-Unis d'Amérique dès 1895 : *Hilton c. Guyot* 159 US 113 (1895).
[179] Voir aussi l'art. 6(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*.
[180] Voir aussi l'art. 6 de la Convention Divorce de 1970 et l'art. 27 (2) de la Convention de Bruxelles.

judgment for damages for breach of contract. Although Article 28 only applies to judgments sought to be recognised or enforced which have been given in the exercise of jurisdiction assumed pursuant to Articles 3 to 13 of the Convention, it appears from the context that the other inconsistent judgment need not be a judgment to which Chapter III applies. It can be a judgment arising from proceedings between persons habitually resident in the State of origin to which Chapter II does not apply or one given in the exercise of jurisdiction under national law under Article 17. It cannot, of course, be a judgment given in a Contracting State and based on a jurisdiction prohibited under Article 18 since the court of origin in that case would lack competence. Furthermore, the local judgment need not be one which at the time recognition or enforcement is sought meets the requirements for recognition or enforcement under Article 25. It need not yet have the effect of *res judicata* or be enforceable.

331 The judgment sought to be recognised or enforced may be inconsistent with the judgment of another State that is capable of being recognised or enforced in the State addressed. The omission of a requirement that the "other State" be a Contracting State indicates that such recognition or enforcement is not confined to recognition under Chapter III. Thus the judgment may be entitled to recognition or enforcement under another convention or under non-Conventional national law (*droit commun*). It is the potential of recognition or enforcement that is the relevant issue. If it has actually been recognised or enforced in the State addressed it obviously qualifies. If not, the foreign inconsistent judgment can be invoked, if at the time when recognition or enforcement of the judgment entitled to recognition or enforcement under Article 25 is sought in the State addressed, the first mentioned judgment could under the law of the State addressed be recognised or enforced. In this situation priority of the competing judgments in time may be a relevant consideration.[177]

Sub-paragraph c) – *Incompatibility with fundamental principles of procedure*

332 This sub-paragraph permits the court addressed to refuse recognition or enforcement to a judgment that is incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed. This provision must obviously be interpreted restrictively. It cannot be a basis for refusal that the procedures followed in the original court differ from those of the State addressed.[178] The right to be heard by an independent and impartial court refers to such fundamental and generally accepted principles as the duty of the court to hear each party to the cause and the principle that nobody can judge in his or her own cause. The reference to this right is not intended to be exhaustive of the matters covered by the sub-paragraph, but it gives an indication of what is meant by "fundamental principles of procedure". The fact that in many countries certain judgments, especially default judgments and those given in a summary procedure, are delivered without reasons should not by itself be a ground for refusal to recognise or enforce them, unless the absence of reasons prevents the court addressed from verifying the jurisdiction of the original court. In that case, the court addressed can require further information under Article 29(3).

333 The reference to an independent and impartial tribunal is derived from Article 14 of the 1966 United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights* which provides that "everyone is entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law".[179]

Sub-paragraph d) – *Lack of notice*

334 Sub-paragraph *d)* permits the court addressed to refuse recognition or enforcement if the document instituting proceedings was not notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for the defence. The provision was originally drafted so as to apply only to default judgments. However, the Special Commission by a narrow majority resolved to extend the scope of the provision to all judgments, including default judgments. A distinction remains by virtue of Article 29(1) *b)*: if the judgment was rendered by default, the party seeking to have it recognised or enforced carries the burden of proving that the document instituting proceedings was notified to the other party. Otherwise, the burden of establishing that either or both of the conditions of sub-paragraph *d)* were not fulfilled rests with the party opposing recognition or enforcement. The provision bears some likeness to that found in Article 6 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, but there are substantial differences, first and foremost amongst them that Article 6 and similar provisions[180] all apply only to default judgments. The provision has its counterpart in Article 20 in Chapter II which imposes an obligation on the court of origin to verify that timely notification to the defendant has taken place. As pointed out in relation to that Article, a finding by the court of origin that timely notification has taken place is not a jurisdictional finding to which Article 27(2) applies. Hence, the court addressed must make its own investigation if the issue is raised again by the defendant.

335 Sub-paragraph *d)* contains two separate conditions. They are the notification of the document instituting proceedings to the defendant; and in sufficient time and in such a way as to enable the defendant to arrange for the defence. If either of those conditions is not fulfilled, the judgment may be denied recognition or enforcement.

(i) – Notification to the defendant

336 The sub-paragraph requires that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, be notified to the defendant. It is of the essence of this provision that the defendant be notified not merely of the fact that the proceedings have been instituted but also of the essential elements of the claim made against the defendant. If this is not done, not only will the notification be insufficient but also the defendant will not be able to prepare a defence.

337 Unlike similar provisions in other conventions which refer to "service" of the documents upon the defendant or require that the defendant receive notice in accordance with the law of a State, the Special Commission deliberately used the

[177] Compare 1971 Enforcement Convention Art. 5(3) and C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 382, §8 IV.2.
[178] This was acknowledged in the United States of America as early as 1895, see: *Hilton v. Guyot* 159 US 113 (1895).
[179] See also the *European Convention on Human Rights*, Art. 6(1).
[180] See the 1970 Divorce Convention, Art. 6, and Brussels Convention, Art. 27 (2).

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

(ii) – Notification en temps utile

338 L'exigence selon laquelle la notification doit avoir été réalisée en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse organiser sa défense se trouve déjà dans l'article 15 de la Convention Notification. Depuis, cette exigence a été maintes fois répétée dans de nombreuses autres conventions, et tout particulièrement dans l'article 6 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* et l'article 27 (2) de la Convention de Bruxelles. La question de savoir si la notification a été faite en temps utile est une question de pur fait, qui dépendra des circonstances de chaque espèce. Le respect ou le non-respect des règles nationales de procédure du tribunal d'origine peut servir d'indice, mais n'est pas en lui-même suffisant. L'absence de familiarité avec le droit local, avec la langue, les difficultés à trouver un avocat convenable peuvent avoir pour conséquence que le défendeur devra bénéficier d'un délai plus long que celui qui est prévu dans le droit national ou qui résulte de la pratique dans l'État d'origine. La notification doit également avoir été faite «de telle manière» que le défendeur puisse organiser sa défense. Une telle précision peut conduire à exiger une traduction exacte des documents rédigés dans une langue que le défendeur ne maîtrise probablement pas[184].

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

Lettre e)

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

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

Lettre f) – *Ordre public*

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

343 En premier lieu, la Commission spéciale a décidé d'aborder séparément certaines questions de procédure dans les lettres *c)*, *d)* et *e)* qui, à défaut, pourraient être considérées comme relevant de l'ordre public. Bien que la catégorie «ordre public» ne puisse être définie à l'avance, il est

[181] Voir, par exemple, CJCE, *Debaecker c. Bouwman* (49/84), *Rec.* 1985, p. 1779.
[182] Voir la décision *Hof Amsterdam*, 20 juillet 1962, *NIPR* 1992, No 315, en résumé dans M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V (*op. cit.* note 15), p. 26.
[183] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), § 10 III 4 (c), p. 384. Voir aussi la décision rendue par le *Hoge Raad*, 20 mai 1994, *NIPR* 1994, No 356; *NJ* 1994 589; en résumé dans M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V (*op. cit.* note 15), p. 27 (un défendeur refuse d'accepter la notification qui lui est faite et la personne chargée de cette notification remporte les documents avec lui. Jugé qu'il n'y avait pas eu de notification au sens de l'art. 6 de la Convention Aliments – Exécution de 1973).
[184] Voir Cour de Tokyo, 26 mars 1990; *Kinhan* No 857, 39; *JURI* No 980, 268; *JDI* 1995, 405, en résumé dans M. Sumampouw (dir.) (*ibid.*), p. 362 (Acte de procédure américain et demande rédigée en anglais notifiée au défendeur japonais en application de la Convention Notification sans traduction. Jugé que la notification n'avait pas permis au défendeur de se défendre).
[185] L'approche la plus large a été adoptée au Royaume-Uni: *Owens Bank Ltd c. Bracco* [1992] 2 AC 443; l'approche restrictive, au Canada: *Jacobs c. Beaver* (1908) 17 *OLR* 496 et en Australie *Keele c. Findley* (1991) 21 *NSWLR* 444.

English word "notified" which has no technical meaning in English in order to avoid references to national law. Accordingly the French word "*notifié*", which does have a technical legal meaning, should be read in its ordinary non-legal sense. This means that the condition raises a factual issue: was the defendant actually given notice of the institution of proceedings, including the essential elements of the claim, against him or her? Compliance or non-compliance with the rules for service, either pursuant to national law or the Service Convention, is not the test. Thus, notional service pursuant to an order for substituted service or notification "*par remise au parquet*" will not suffice, even though it may be authorised under national law.[181] The words "notified to" indicate that the defendant must have been placed in a position to inform him- or herself of the claim; they do not require that the defendant actually become aware of the contents of the documentation provided.[182] But, if the defendant is not given the opportunity of reading the documentation, even if this is due to his or her own refusal to accept the document, notification will not have taken place.[183] However, as has been pointed out above, the court addressed has a discretion to permit recognition or enforcement of the judgment despite the absence of timely notification.

(ii) – Notification in sufficient time

338 The requirement that notification be effected in sufficient time to enable the defendant to defend is already found in Article 15 of the Service Convention. The requirement is repeated in a number of other Conventions, most notably the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, Article 6, and the Brussels Convention, Article 27 (2). The test of whether notification has been given in sufficient time is purely a question of fact which will depend on the circumstances of each case. Compliance or non-compliance with the procedural rules of the original court may afford guidance, but cannot be conclusive. Unfamiliarity with the local law and language and problems in finding a suitable lawyer may require a longer period than is prescribed under the law and practice of the original court. The notification must also be effected "in such a way" as to enable the defendant to arrange the defence. This may require that documents written in a language which the defendant is unlikely to understand will have to be accompanied by an accurate translation.[184]

339 As mentioned before, sub-paragraph *d)* applies to a judgment which resulted from proceedings in which the defendant did participate. In principle the enforcement or recognition of a judgment could be opposed even though the defendant proceeded on the merits without contesting the jurisdiction under Article 5. It is clear that the burden upon the defendant to show that he or she lacked the opportunity to defend must be substantial, especially if the defendant participated in the proceedings without protest. Sub-paragraph *d)* cannot be read as an invitation to relitigate in the court addressed the merits of the case before the original court. That would defeat the aims of the Convention to provide for an effective and certain method of enforcement of judgments. Thus the defendant would have to show not merely that notice was insufficient, but that this defect actually deprived him or her of a substantial defence or evidence which, as a matter of certainty and not merely of speculation, would have made a material difference to the outcome of the litigation. For, if this is not the case, it cannot be said that he or she was not enabled to arrange the defence.

Sub-paragraph e)

340 Sub-paragraph *e)* permits the court addressed to refuse recognition or enforcement if the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure. A similar provision is found in Article 5(2) of the 1971 Enforcement Convention. This refers to a fraud committed in the course of the proceedings in which the judgment was obtained. It can be a fraud, which is sometimes collusive, as to the jurisdiction of the court. More often, it is a fraud practised by one party to the proceedings on the court or on the other party by producing false evidence or deliberately suppressing material evidence. Fraud involves a deliberate act; mere negligence does not suffice. The court addressed should also consider to what extent it was open to the party resisting enforcement to seek relief in the State of origin.

341 The provision does not resolve the difference of approach which has arisen between some common law countries as to whether the term "fraud" covers both "extrinsic fraud", that is to say, a fraud which the complaining party only discovered after the original trial, and "intrinsic fraud", that is to say, any credible allegation of a fraud committed by the other party even if the complaining party was aware of it and raised it at the original trial.[185] However, an approach which in effect would permit the re-examination of matters already decided by the original court offends both against the general prohibition of a re-examination of the merits and the general trust which courts of Contracting States should have in each other. Furthermore, if the party opposing recognition or enforcement did in fact raise the issue of fraud in the State of the original court and this issue was decided against him or her, that decision itself may be entitled to recognition under the Convention.

Sub-paragraph f) – *Public policy*

342 Sub-paragraph *f)* permits a court to refuse recognition or enforcement of the judgment because such recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed. A few points should be made about this provision.

343 In the first place, the Special Commission has decided to make specific provision in relation to procedural matters in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* which in the absence of those provisions could be considered as embraced within the category of public policy. Although the categories of public

[181] See by way of example, *Debaecker v. Bouwman* (49/84) [1985] *ECR*, p. 1779.
[182] See decision of *Hof* Amsterdam, 20 July 1962, *NIPR* 1992 No 315; abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V (*op. cit.* note 15), p. 26.
[183] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), §10 III.4(c) at p. 384. See, also, the decision of the Dutch *Hoge Raad*, 20 May 1994, *NIPR* 1994 No 356; *NJ* 1994 589; abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V (*op. cit.* note 15), p. 27 (defendant refuses to accept document from process server and the process server takes the document back with him. Held: no notification under Art. 6 of the 1973 Maintenance – Enforcement Convention).
[184] See Tokyo Court, 26 March 1990; *Kinhan* No 857, 39; *JURI* No 980, 268; *JDI* 1995, 405; abstracted in M. Sumampouw (ed.) (*ibid.*), p. 362 (U.S. summons and complaint in English served on Japanese defendant pursuant to Service Convention without translation. Held: not sufficient to give defendant the opportunity to defend).
[185] The wider approach has been adopted in the United Kingdom: *Owens Bank Ltd v. Bracco* [1992] 2 AC 443; the narrower approach was adopted in Canada: *Jacobs v. Beaver* (1908) 17 OLR 496, and in Australia: *Keele v. Findley* (1991) 21 *NSWLR* 444.

nécessaire que les tribunaux n'admettent qu'avec réticence de qualifier d'autres imperfections procédurales, par exemple, une importante différence de la procédure suivie devant le tribunal d'origine, comme étant contraires à l'ordre public.

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

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

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

Paragraphe 2 – Révision au fond

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

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

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

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

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

Article 29 – Pièces à produire

Paragraphes 1 à 3

352 Cet article décrit les pièces que la partie qui invoque la reconnaissance d'un jugement étranger ou qui en demande l'exécution doit produire devant le tribunal saisi. La liste reprend dans une large mesure celle qui figure à l'article 13 de la Convention Exécution de 1971, avec quelques modifications qui tiennent compte de la préoccupation de la Commission spéciale de réduire au minimum le fardeau pour le requérant.

a) En premier lieu, le requérant doit produire une copie intégrale du jugement, certifiée conforme. C'est une production nécessaire, s'agissant du titre à reconnaître.

b) La deuxième pièce indiquée dans la liste est le document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié au défendeur. Il n'est à produire que s'il s'agit de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement par défaut. Cette restriction peut sembler en contradiction avec la disposition de l'article 28, paragraphe 1, lettre *d)*, selon laquelle le défaut de notification de l'acte introductif d'instance au défendeur constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement même dans le cas où la décision a été rendue à la suite d'une procédure contradictoire. La contradiction n'est toutefois qu'apparente, car on peut présumer, lorsque le jugement n'est pas par défaut, que le défendeur a été atteint par l'acte introductif d'instance. Ce sera au défendeur de soulever la question de la notification ou, le cas échéant, au tribunal saisi de demander le document aux termes du paragraphe 3. On remarquera que le texte ne reprend pas le mot «régulièrement» qui figure dans l'article 13 de la Convention Exécution de 1971 à propos de la notification, réduisant ainsi sensiblement le fardeau pour le requérant, auquel il suffira d'établir que l'acte a atteint le défendeur de telle manière qu'il a été mis en mesure de se défendre[187].

c) Le requérant doit en outre produire tout document qui permette d'établir que le jugement a l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État[188].

d) La Convention Exécution de 1971 prévoyait la production d'une traduction des documents mentionnés dans la liste,

[186] Voir P. Mayer, *Droit International Privé*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 249 à 251. La même solution est sous-jacente dans la décision anglaise *Saxby c. Fulton* [1909] 2 *KB* 206 (décision portant sur une dette de jeu contractée à Monaco et reconnue en Angleterre, bien qu'à l'époque le jeu ait été considéré comme contraire à l'ordre public anglais).

[187] À cet égard, voir les développements ci-dessus au sujet de l'art. 28, para. 1 *d)*.

[188] Voir les développements ci-dessus au sujet de l'art. 25.

policy cannot be defined in advance, courts should be reluctant to admit other perceived procedural defects, such as substantial differences in the procedure followed by the original court, as offending against public policy.

344 Secondly, the preliminary draft Convention in Article 33 deals specifically with non-compensatory and excessive damages. The provisions of that Article should be relied upon rather than the general public policy provision.

345 Thirdly, it is the effect of the recognition or enforcement of the judgment in the State requested which should be incompatible with its public policy rather than the law on which the judgment is based. This principle is known both to common and civil law.[186]

346 Finally, recognition or enforcement must be, in the hallowed Hague words, "manifestly" incompatible with public policy. This indicates that the weapon of refusal must be rarely invoked and only as a last resort. The fact that the original court applied a law different to that which the court addressed might have applied should not suffice. Nor should the fact that the foreign court made a mistake as to the facts or of the law, unless induced by fraud, be a ground for refusal, even if it misapplied the law of the court addressed. These are all covered by the principle that there should not be a re-examination of the merits, as enunciated in Article 28(2).

Paragraph 2 – Review of the merits

347 Paragraph 2 provides as a general principle that there shall be no review of the merits. Despite the placing of this provision as part of Article 28, it is clear that it applies to the whole of Chapter III and consideration should be given to placing it in a more prominent position as a separate article. The principle is a fundamental one: there would be little purpose in the Convention if the court addressed could re-investigate the basis upon which the original court reached its decision. For that reason, the court addressed should not concern itself with the conclusions as to fact or law reached by the original court or the law applied by it.

348 The principle is qualified with the words "without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of this Chapter", that is to say, Chapter III. Under Chapter III there are a number of situations where the court addressed may, and even must, re-consider the decision of the original court.

349 In the first place, under Article 27 it must verify the jurisdiction of the original court. In relation to a judgment which is not a default judgment, that verification will be limited to a consideration of the conclusion of law as regards the jurisdiction of the original court, if that court has made findings as to the facts on which its jurisdiction is based. If the judgment sought to be enforced or recognised is a default judgment or no findings of jurisdictional facts were made by the original court, the verification also extends to the jurisdictional facts. In this instance review of those aspects of the foreign decision is mandatory.

350 Secondly, the court addressed may have to review the merits of the decision of the original court for the purposes of Article 28(1), particularly sub-paragraphs *e)* and *f)*. As remarked earlier in relation to those provisions, care must be taken to confine the occasions for such a review lest the exceptions displace the general rule.

351 Finally, under Article 33(2) the court addressed may have to re-consider the damages awarded by the original court. Again this must be seen as an exceptional procedure which is not to be invoked merely because the court addressed considers the damages awarded to be high by its own domestic standards. Furthermore, the review under Article 33(2) does not extend to the facts on which the award of damages is based.

Article 29 – Documents to be produced

Paragraphs 1 to 3

352 This Article describes the documents which the party seeking recognition or enforcement of a foreign judgment has to produce to the court seised. To a large extent, the list reproduces the one included in Article 13 of the 1971 Enforcement Convention, with some changes to take account of the Special Commission's concern to reduce to a minimum the burden placed on the applicant.

a) In the first place, the applicant has to produce a complete and certified copy of the judgment. This is a necessity, because it is the document on which the entitlement to recognition is based.

b) The second document in the list is the one establishing that the summons, or an equivalent document, was served upon the defendant. It only has to be produced in the case of recognition or enforcement of a default judgment. This restriction may seem to conflict with the provision in Article 28, paragraph 1 *d)*, whereby failure to serve the summons on the defendant is a ground for refusing to recognise or enforce the judgment, even in a case where the decision was handed down following a hearing of both parties. However, the contradiction is no more than apparent, since it may be presumed, when it is not a default judgment, that the defendant has received the summons. It will be for the defendant to raise the question of service of the document, or for the court seised, where appropriate, to call for the document to be produced, in accordance with paragraph 3. It will be noted that the text does not use the word "duly" which appears in connection with service of the summons in Article 13 of the 1971 Enforcement Convention; this considerably reduces the burden on the applicant, who only has to show that the document reached the defendant in such a way as to enable him to prepare his defence.[187]

c) The applicant must also produce all documents which are required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State.[188]

d) The 1971 Enforcement Convention stipulated the production of a translation of the documents mentioned in the

[186] See P. Mayer, *Droit International Privé*, 6th ed., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 249-251. The same principle underlies the English decision in *Saxby v. Fulton* [1909] 2 KB 206 (judgment for a gambling debt incurred in Monaco was enforced in England even though gambling at that time was considered to be contrary to English public policy).

[187] See the comments above concerning Art. 28, para. 1 *d)*.

[188] See the comments above concerning Art. 25.

« sauf dispense de l'autorité requise ». La nouvelle disposition, au contraire, ne la prévoit que « si le tribunal requis l'exige ». La production n'est donc pas la règle et n'interviendra que lorsque le juge requis nécessite vraiment de disposer d'une traduction pour apprécier le contenu des autres documents présentés par le requérant. En outre, même lorsqu'elle est demandée, la traduction doit être simplement établie par une personne habilitée à cet effet, et non certifiée conforme par une autorité diplomatique ou consulaire, ou par un traducteur juré.

353 De toute façon, selon le paragraphe 2, la production des documents ne peut pas être subordonnée à leur légalisation ou autre formalité analogue. L'avant-projet de Convention se rallie en cela à une pratique bien établie dans le cadre des Conventions de La Haye[189].

354 En vertu du troisième paragraphe, lorsque le tribunal requis n'est pas en mesure de vérifier, sur la base du contenu du jugement, que les conditions prévues par le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution sont remplies, il peut exiger la production de tout autre document utile. Plutôt que d'alourdir la liste des documents à produire, et d'imposer au requérant aussi la production de documents qui pourraient être superflus pour l'appréciation du tribunal requis, la Commission spéciale a estimé préférable de limiter la liste aux documents essentiels et de laisser un certain pouvoir discrétionnaire au tribunal d'indiquer quels documents lui sont vraiment nécessaires pour se prononcer.

Article 30 – Procédure

355 Cette disposition soumet la procédure pour obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution elle-même, au droit de l'État requis. Le renvoi au droit national en matière de procédure correspond à la pratique courante des conventions internationales relatives à l'exécution des jugements et a été retenu sans hésitation par la Commission spéciale, cette dernière ayant estimé difficile d'envisager une procédure d'exequatur uniforme simplifiée[190] dans une convention de caractère mondiale. La seule indication commune se retrouve dans la disposition selon laquelle le tribunal requis est tenu d'agir rapidement. Cette disposition oblige les États contractants à utiliser en matière de reconnaissance, d'exequatur et d'exécution la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national et, le cas échéant, à rendre plus rapides les procédures existantes. Il semble utile de souligner encore à cet égard que, bien qu'une disposition conventionnelle en ce sens n'ait pu être adoptée par la Commission spéciale[191], le renvoi aux procédures nationales implique également que dans les États où aucune procédure n'est requise pour la reconnaissance des jugements étrangers[192], celle-ci puisse avoir lieu automatiquement sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou autre.

Article 31 – Frais de procédure

356 Cet article règle la question de la caution pour garantir le paiement des frais de procédure et reprend la position traditionnelle[193] selon laquelle aucune caution ne peut être demandée à ce titre au requérant au seul motif qu'il est ressortissant d'un autre État contractant ou a sa résidence habituelle dans un autre État contractant. Il n'efface donc pas totalement la possibilité de l'imposition d'une caution, tout en la limitant aux situations où le requérant n'a pas de lien avec un État contractant. La disposition est applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Article 32 – Aide judiciaire

357 Ce texte traite du problème de l'accès à l'assistance judiciaire des personnes impliquées dans une procédure de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger. Sa solution pose la question du droit applicable à la détermination des personnes qui peuvent bénéficier de l'assistance et du contenu de l'assistance[194]. L'avant-projet de Convention soumet les deux questions à l'État requis, qui est obligé d'appliquer aux personnes résidant à l'étranger les mêmes conditions d'accès au bénéfice de l'aide judiciaire que celles applicables aux personnes ayant leur résidence habituelle dans l'État requis, pourvu qu'elles aient leur résidence habituelle dans un État contractant.

Article 33 – Dommages et intérêts

358 Le « cauchemar » de l'exécution des décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou excessifs, spécialement ceux accordés par des jurys civils américains, a été soulevé dès le début des discussions au sein de la Commission spéciale réunie en juin 1994 pour étudier la faisabilité d'une convention. De très nombreux experts, y compris ceux d'autres pays de *common law*, se sont inquiétés de cette question. À cette session a été émise l'idée selon laquelle il serait préférable d'adopter un motif de refus total ou partiel d'exécution spécifique aux décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou d'un montant excessif, plutôt que de s'en remettre simplement à l'exception d'ordre public[195].

359 Cet article contient deux dispositions différentes : le paragraphe 1 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts non compensatoires, alors que le paragraphe 2 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts compensatoires. Le paragraphe 3 s'applique aux deux dispositions précédentes. Si l'article 33 n'avait pas été inséré dans la Convention, il aurait été possible d'invoquer l'exception d'ordre public pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution de dommages et intérêts punitifs ou excessifs. Dans la mesure où la Convention contient une disposition spécifique sur ce point, qui peut refléter des considérations d'ordre public, l'utilisation de l'exception d'ordre public de l'article 28(1) *f)* pour ajouter ou modifier les dispositions de l'article 33 est interdite. Comme il sera expliqué plus loin, l'article 33 doit être lu au regard du principe exprimé par l'article 28(2) selon lequel le tribunal requis ne doit procéder à aucune révision au fond. En conséquence, toute révision rendue nécessaire par le jeu de l'article 33 doit demeurer exceptionnelle.

Paragraphe 1 – Dommages et intérêts non compensatoires

360 Le paragraphe 1 est rédigé en termes positifs. Il oblige le tribunal d'un État contractant à reconnaître l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, au moins à concurrence du montant des dommages et intérêts similaires ou comparables qui auraient pu être accordés dans l'État

[189] À partir de la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (art. 9).
[190] Selon l'exemple des Conventions de Bruxelles et de Lugano.
[191] Rapport de séance No 69 du 17 juin 1999, p. 2.
[192] Par exemple l'Italie, aux termes de l'art. 64 de la Loi No 218 du 31 mai 1995. Voir F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 74.
[193] Voir déjà l'art. 17 de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile*.
[194] Voir en ce sens C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 386.
[195] « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 2 de décembre 1995 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (accessible à l'adresse <www.hcch.net>, également publié comme Doc. prél. No 1 d'août 1994, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 62 à 68), No 37.

list "unless the authority addressed otherwise requires". The new provision, by contrast, only stipulates this "if the court addressed so requires". A translation is not therefore compulsory and will be made only if the court addressed really needs one in order to understand the other documents submitted by the applicant. Moreover, when a translation is required it should be made simply by a person qualified to do so, and need not be certified by a diplomatic or consular agent or by a sworn translator.

353 In any event, according to paragraph 2 the production of the documents may not be made subject to legalisation or other similar formality. Here the preliminary draft Convention reflects a practice which is well established in the framework of the Hague Conventions.[189]

354 According to paragraph 3, if the court addressed is unable to verify from the terms of the judgment that the conditions laid down in the Chapter on recognition and enforcement have been met, it may require the production of any other necessary documents. Rather than add to the list of documents to be produced, thus compelling the applicant to produce documents which might be superfluous to the needs of the court addressed, the Special Commission preferred to limit the list to essential documents, and leave the court a margin of discretion to state which documents it really needs in order to make its decision.

Article 30 – Procedure

355 This provision subjects the procedure for obtaining recognition, a declaration of enforceability or registration for enforcement, as well as enforcement itself, to the national law of the State addressed. The *renvoi* to national law corresponds to the current practice of international conventions on enforcement of judgments, and was unhesitatingly adopted by the Special Commission, which felt it would be difficult to devise a simplified uniform procedure for obtaining a declaration of enforceability[190] in a worldwide convention. The only common indicator is the requirement for the court addressed to act expeditiously. This obliges Contracting States to use, for the purposes of recognition, declarations of enforceability and enforcement, the most rapid procedure they possess in their national law and, where appropriate, to speed up existing procedures. It should perhaps be pointed out here that although the Special Commission was unable to adopt a treaty provision for this purpose,[191] the *renvoi* to national procedures also implies that in States where no procedure is required for the recognition of foreign judgments,[192] it may take place automatically without intervention by a judicial or other authority.

Article 31 – Costs of proceedings

356 This Article governs the question of security which may be required in order to guarantee payment of the costs of proceedings. It reflects the traditional view[193] that no payment of this kind may be required from the applicant for the sole reason that he / she is a national of another Contracting State or has his / her habitual residence in another Contracting State. The possibility of a security payment being required is not therefore entirely removed, but it is limited to situations in which the applicant has no connection with a Contracting State. The clause applies to both natural and legal persons.

Article 32 – Legal aid

357 This text deals with the problem of access to legal aid for persons involved in proceedings for recognition or enforcement of a foreign judgment. This raises the issue of which law is applicable in deciding which individuals may benefit from legal aid, and what it should consist of.[194] The preliminary draft Convention places the responsibility for both issues on the State addressed, which is bound to apply to persons residing abroad the same conditions for access to legal aid as to persons habitually resident in the State addressed, provided their habitual residence is in a Contracting State.

Article 33 – Damages

358 The "nightmare" of having to enforce awards for excessive and punitive damages, especially those rendered by civil juries in the United States of America, was raised at the outset of the discussions in the Special Commission convened in June 1994 to consider the feasibility of a convention. Many experts, including those from other common law jurisdictions, expressed their concern about this issue. At that session the idea was suggested of formulating a ground for total or partial refusal of enforcement in respect of decisions awarding damages of a punitive character or of an excessive amount, rather than rely on the public policy exception.[195]

359 The Article contains two separate provisions: paragraph 1 deals with the recognition and enforcement of non-compensatory damages, while paragraph 2 deals with the recognition and enforcement of compensatory damages. Paragraph 3 applies to both preceding provisions. If Article 33 had not been inserted into the Convention, it might have been possible to invoke public policy to bar the recognition and enforcement of punitive and excessive damages. Since the Convention contains a specific provision on the issue which one may regard as an expression of public policy, the use of the public policy ground under Article 28(1) *f)* to add to, or vary, the provisions of Article 33 is precluded. As explained below, Article 33 must also be read in the light of the general policy expressed in Article 28(2) that there should not be a review on the merits. In so far as review on the merits is necessary under Article 33 it should be treated as exceptional.

Paragraph 1 – Non-compensatory damages

360 Paragraph 1 is expressed in positive terms. It imposes an obligation on courts of Contracting States to recognise awards for non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State

[189] Since the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children (Art. 9).
[190] As in the example of the Brussels and Lugano Conventions.
[191] See Report of Meeting No 69 of 17 June 1999, p. 2.
[192] For example Italy, under Art. 64 of Law No 218 of 31 May 1995. See F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 74.
[193] This view was already present in the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure (Art. 17).
[194] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 386.
[195] See "Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 2 of December 1995 for the attention of the Special Commission of June 1996 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (available at <www.hcch.net>, also published as Prel. Doc. No 1 of August 1994, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 63-69), No 37.

requis. Par conséquent, cette disposition expresse interdit le recours à l'exception d'ordre public qui serait susceptible d'être invoquée en application du droit national de l'État requis. De plus, la disposition empêche le tribunal requis de refuser l'exécution au seul motif que les dommages et intérêts punitifs sont inconnus dans le droit de l'État requis. Le tribunal requis doit tout d'abord effectuer la comparaison exigée par le paragraphe 1. Si le droit du tribunal requis ignore les dommages et intérêts punitifs ou une forme équivalente, il peut alors ne pas reconnaître l'allocation de tels dommages et intérêts. Mais, à supposer même qu'un tel équivalent existe, l'exigence de reconnaissance ou d'exécution ne porte que sur la fraction des dommages et intérêts qui auraient pu être alloués sur le territoire de l'État requis.

361 Le paragraphe 1 a trait aux « dommages et intérêts non compensatoires ». La Commission spéciale a délibérément choisi des termes descriptifs plutôt que des termes ayant un sens juridique précis, qui seraient trop liés à un système juridique particulier. Les dommages et intérêts compensatoires visent à réparer les pertes qui ont été subies par la victime, ou que celle-ci est susceptible de subir dans l'avenir. Selon les droits nationaux, ces dommages et intérêts comprennent les pertes pécuniaires présentes et futures, à la fois pour les pertes éprouvées par la victime et les gains dont elle a été privée. Ils peuvent aussi comprendre, dans les systèmes qui les admettent, les dommages et intérêts versés en paiement du *pretium doloris*, présent et futur. Enfin, dans les pays de *common law*, la catégorie des dommages et intérêts compensatoires comprend les « dommages et intérêts aggravés » (« *aggravated damages* »), qui visent à compenser le demandeur pour un dommage subi particulièrement douloureux. Pour des raisons évidentes, ce type de dommages et intérêts, assimilable à la catégorie des dommages et intérêts exemplaires, est parfois utilisé pour détourner l'interdiction de l'allocation de dommages et intérêts punitifs qui est prévue par le droit de certains pays du Commonwealth. Les deux dernières catégories visent des dommages subis qui ne sont pas aisément mesurables en argent et pour lesquels l'évaluation subjective pratiquée par le juge ou le jury joue un rôle déterminant.

362 Les dommages et intérêts « non compensatoires » n'ont pas pour fonction d'offrir une réparation à la victime. En général, ils remplissent une fonction dissuasive ou punitive. Les dommages et intérêts exemplaires, parfois appelés « punitifs » ou « vindicatifs » en sont un exemple frappant. Ils sont alloués « comme une sorte de punition à l'encontre du défendeur, dans le but de prévenir la réalisation d'un préjudice similaire »[196]. Un autre type, connu sous le nom de « dommages et intérêts multiples » (« *multiple damages* »), existe surtout aux États-Unis d'Amérique, où l'exemple principal est celui des « triples dommages et intérêts » (« *treble damages* ») alloués en application de la section 4 du *Clayton Act* 1914[197]. Là encore, leur fonction est dissuasive. En principe, l'identification des dommages et intérêts non compensatoires au sein de la totalité des dommages et intérêts alloués ne pose pas de problème, dans la mesure où, en principe, le juge ou le jury évaluent séparément ces dommages et intérêts.

363 Le tribunal requis n'est obligé de reconnaître de tels dommages et intérêts que dans la mesure où des dommages et intérêts analogues auraient pu être obtenus dans l'État requis. Bien que le texte ne vise que la reconnaissance, il doit être interprété comme incluant l'exécution, sinon, la disposition serait dénuée de sens. Les termes « dommages et intérêts similaires ou comparables » visent toute somme d'argent éventuellement allouée dans l'État requis en plus des dommages et intérêts compensatoires, et qui visent une fonction similaire. Ceci suppose une comparaison à la fois de la nature de la somme allouée et de son quantum. Ces sommes ne doivent pas nécessairement être allouées dans le but de dissuader des actes futurs. La comparaison doit être fonctionnelle. Ainsi, l'allocation de dommages et intérêts punitifs aux États-Unis d'Amérique peut, en pratique, servir à couvrir les frais et dépens, qui ne sont pas en principe compris dans les dommages et intérêts alloués par les tribunaux américains. L'effet du paragraphe 3 est d'inclure ces frais dans la comparaison qui doit être menée en application du paragraphe 1. Les termes « au moins à concurrence du montant » des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés renvoient aussi au montant de la somme qui aurait pu être obtenue dans l'État requis. Ainsi, si les tribunaux dans l'État requis acceptent d'accorder des dommages et intérêts punitifs, mais pour un montant très inférieur, cette différence doit être prise en compte, et l'exécution peut être limitée au montant des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés dans l'État requis. Pour ce faire, il est inutile de suivre la procédure mise en place par le paragraphe 2, dans la mesure où il n'est pas ici question de réévaluer les dommages et intérêts compensatoires à la lumière de ce dont le demandeur a réellement besoin, mais simplement d'évaluer les dommages et intérêts punitifs à l'aune des critères utilisés par l'État requis. Bien évidemment, l'utilisation des termes « au moins » montre que le tribunal requis n'est pas obligé de se plier à ses propres limitations.

Paragraphe 2

364 Le paragraphe 2 concerne la reconnaissance de dommages et intérêts compensatoires qui sont considérés comme manifestement excessifs par le tribunal requis. Ici encore, le terme « reconnaissance » doit inclure l'exécution. L'utilisation du terme « manifestement » montre que le pouvoir de réduire l'exécution d'un jugement émanant d'un État contractant doit n'être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. Une simple divergence sur le quantum des dommages alloués ne suffit pas ; la disposition vise à s'appliquer à ces dommages et intérêts qui suscitent parfois l'intérêt des médias internationaux, comme par exemple l'allocation de plusieurs millions de dollars de dommages et intérêts reçus par une femme ébouillantée par du café chaud échappé d'une tasse fêlée. De telles décisions sont cependant rares et fréquemment réformées en appel[198]. De plus, de nombreux garde-fous visant à sauvegarder les intérêts légitimes du créancier sont prévus.

365 Ce texte ne traite pas expressément de la question de la reconnaissance des dommages et intérêts compensatoires en cas de divergence des lois nationales sur le sujet, par exemple, et tout particulièrement, sur le *pretium doloris* ou les dommages économiques futurs. Toutefois, il résulte implicitement de l'article 33 que le tribunal requis doit exécuter un jugement qui alloue des dommages et intérêts compensatoires, quand bien même ces dommages et intérêts auraient été alloués sur un fondement inconnu du droit de ce tribunal, sauf à être « manifestement excessifs » au sens du paragraphe 2.

Lettre a)

366 Cette disposition pose les conditions qui doivent être respectées pour que le tribunal requis puisse réduire le montant des dommages et intérêts alloués par le jugement dont l'exécution est recherchée.

[196] J. Burke (dir.) (*op. cit.* note 157), voir « *damages* ». Les trois termes « exemplaires », « punitifs » et « vindicatifs » sont synonymes. Pour une étude comparative, voir H. Stoll, « Consequences of Liability : Remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts (*op. cit.* note 14), ch. 8, ss. 103 à 114.

[197] Pour une discussion des dommages et intérêts multiples, voir H. Stoll (*ibid.*), ch. 8, s. 115.

[198] Voir « Note sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans la perspective d'une convention double avec examen particulier des jugements étrangers condamnant à des dommages-intérêts excessifs ou punitifs », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 4 de mai 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>), annexe IV.

addressed. This express provision therefore excludes reliance on any public policy objection that might exist against such damages under the national law of the State addressed. Furthermore, it precludes the court addressed from denying enforcement for the sole reason that punitive damages are unknown to the law of the State addressed. The court addressed must first make the comparison as required by paragraph 1. Only if its law does not know punitive damages or any practical equivalent thereof, is it not obliged to recognise such damages. But even if its law does know of equivalent damages, it need only recognise or enforce the foreign judgment to the extent that such damages could have been awarded in the State addressed.

361 Paragraph 1 refers to "non-compensatory damages". The Special Commission deliberately chose to use a term which was descriptive, rather than a technical legal term tied to a particular legal system. Compensatory damages are designed to make good the losses which the victim has suffered or is likely to suffer in the future. Depending on national laws, they include: pecuniary loss, both as regards expenses already incurred and profits already suffered as well as future losses of profit and income. They also include, in those legal systems where this is possible, compensation for pain and suffering already experienced and to be experienced in the future. Finally, in common law countries the category of compensatory damages includes "aggravated damages" to recompense the plaintiff for an injury that was particularly hurtful. This type of damage can for obvious reasons approximate the category of exemplary damages and is sometimes used to circumvent the prohibition on the award of punitive damages introduced in certain Commonwealth countries. The last two categories are in respect of injuries which cannot readily be measured in money and where the subjective evaluation of the judge or civil jury is dominant.

362 "Non-compensatory" damages go beyond the function of offering the victim compensation. They normally fulfil a deterrent or punitive function. Exemplary damages, sometimes called "punitive" or "vindictive" damages, are a prime example. They are given "as a kind of punishment to the defendant, with the view of preventing similar wrongs in the future".[196] Another form known as "multiple damages" exists mainly in the United States of America where the prime example is treble damages awarded under Section 4 of the Clayton Act 1914.[197] Again, their function is to deter. Identification of the non-compensatory element in the damages awarded will not normally be a problem since the judge or jury will usually assess such damages separately.

363 The court addressed is only obliged to recognise such damages to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed. Although the text only refers to "recognised", this term must be read to include enforcement for otherwise the provision makes little sense. The reference to "similar or comparable damages" refers to any award of money that could have been made in the State addressed over and above compensatory damages which serve a similar function. It involves a comparison both as to kind and as to quantum. Those sums need not represent sums awarded with an intention to deter future conduct. The comparison should be functional. Thus, the award of punitive damages in the United States of America may in effect be intended to serve to cover the costs and expenses of the successful plaintiff which are not usually awarded as such by United States courts. The effect of paragraph 3 is to make them relevant to the comparison in paragraph 1. The words "at least to the extent that" such damages could have been awarded also refer to the quantum of the amount that could have been awarded in the State addressed. Thus, if courts in the State addressed do award punitive damages, but to a far more limited amount, that factor also would be relevant and enforcement could be limited to the extent to which such damages exist in the State addressed. In doing so, there would be no need to follow the procedure laid down in paragraph 2, since what is involved is not a re-assessment of the compensatory damages in the light of the needs of the plaintiff, but a measuring of the punitive damages by reference to the objective yardstick of the court addressed. Of course, as the words "at least" indicate, the court addressed is not obliged to observe its own limitations.

Paragraph 2

364 Paragraph 2 deals with the recognition of awards of compensatory damages which are found to be grossly excessive by the court addressed. Here again the word "recognition" must be taken to include enforcement. The use of the word "grossly" indicates that the power to reduce the enforcement of a judgment from a Contracting State should be exercised in exceptional circumstances. A mere disagreement as to quantum will not suffice; the provision is intended to deal with the type of award that sometimes is reported by the international media such as a woman who receives several millions of dollars for being scalded by hot coffee from a broken cup. Such verdicts are rare and are often rectified on appeal.[198] Furthermore, there are a number of safeguards to ensure that the legitimate interests of the creditor are preserved.

365 The paragraph does not address in express terms the question of recognition of compensatory damages in respect of which there exist national differences, in particular in relation to matters such as pain and suffering and future economic loss. However, it is implicit in Article 33 that the court addressed must enforce a judgment awarding compensatory damages, even though all or part of those damages have been assessed or awarded on a basis unknown to the law of that court, unless they are "grossly excessive" within the meaning of paragraph 2.

Sub-paragraph a)

366 This sub-paragraph sets out the conditions which must be satisfied before the court addressed can reduce the amount of the judgment sought to be enforced.

[196] J. Burke (ed.) (*op. cit.* note 157), entry "damages". The three terms "exemplary", "punitive" and "vindictive" are synonyms. For a comparative survey, see H. Stoll, "Consequences of Liability: Remedies", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts (*op. cit.* note 14), Ch. 8, ss. 103-114.

[197] See for a discussion of multiple damages, H. Stoll (*ibid.*), Ch. 8, s. 115.

[198] See "Note on the Recognition and Enforcement of Decisions in the Perspective of a Double Convention with Special Regard to Foreign Judgments Awarding Punitive or Excessive Damages", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 4 of May 1996 for the attention of the Special Commission of June 1996 (available at <www.hcch.net>), Annex IV.

367 La demande de réduction du montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée doit être présentée par le débiteur, à qui il revient de convaincre le tribunal requis que compte tenu des circonstances de la cause, y compris celles existant dans l'État d'origine, les dommages et intérêts accordés sont manifestement excessifs. Le créancier doit avoir eu la possibilité d'être entendu sur cette question.

368 Bien que les recherches imposées par le paragraphe 2 conduisent, dans une certaine mesure, à réexaminer la solution de fond adoptée dans la décision rendue par le tribunal d'origine, cette situation devrait être enserrée dans de strictes limites. Il ne devrait pas être nécessaire d'ouvrir à nouveau la discussion sur les constatations de fait et les raisonnements juridiques du tribunal d'origine portant sur la question de la responsabilité ou de l'étendue du dommage subi ou susceptible d'être subi par la victime. Le tribunal requis ne doit pas non plus réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée uniquement parce qu'ils visent à réparer des dommages qui n'auraient pas été susceptibles d'être réparés dans le droit de l'État requis, comme le *pretium doloris*. Ce paragraphe concerne exclusivement la question de la quantification des dommages et intérêts. La référence aux « circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine » vise à attirer l'attention sur le fait que la question ne doit pas être déterminée uniquement par comparaison avec les solutions qui seraient mises en œuvre par le tribunal requis dans un procès interne fondé sur des faits similaires. Si, dans l'État d'origine, le coût de la vie est supérieur, particulièrement en ce qui concerne les frais médicaux, et si l'accès au bénéfice de la sécurité sociale est beaucoup plus limité que dans l'État requis, le tribunal requis doit tenir compte de ces facteurs, particulièrement si le créancier est susceptible de continuer à résider dans l'État d'origine et devra faire face à ces dépenses. De plus, en application du paragraphe 3, il faudra prendre en considération le fait que les dommages et intérêts alloués pourront avoir été augmentés pour tenir compte des frais et dépens que devra payer le demandeur. D'une façon générale, les termes « manifestement excessifs » doivent s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'État d'origine. Il est tout à fait évident que le tribunal requis sera convaincu d'intervenir s'il est établi que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'État d'origine dans des circonstances analogues. En revanche, il ne devrait pas suffire de prouver que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'État requis dans des circonstances analogues.

Lettre b)

369 Si le tribunal requis est convaincu que les conditions posées par la lettre *a)* sont remplies, il peut réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est demandée. Le montant exact dépendra de ce que le tribunal requis estimera comme justifié dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, ce texte pose une limite en-deçà de laquelle le montant accordé par le jugement dont l'exécution est recherchée ne pourra pas être réduit. Cette limite est constituée par le montant qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine. En d'autres termes, il s'agit du montant qui n'aurait pas été considéré si déraisonnable ou injustifié, même après avoir tenu compte du coût de la vie plus élevé dans l'État d'origine, qu'une Cour d'appel de l'État d'origine aurait refusé de l'exécuter ou ordonné de le réduire.

370 Une délégation s'est interrogée sur les droits d'un créancier qui, après avoir vu son jugement partiellement reconnu dans un État contractant, en application de l'article 33, essaierait de recouvrer le reste dans un autre État contractant dont la politique juridique est moins stricte. Une proposition a été présentée, selon laquelle un créancier visant à recouvrir le reliquat devrait d'abord faire état des sommes déjà reçues. Cette proposition n'a pas été acceptée par la Commission spéciale, qui a estimé qu'un créancier dans cette position était libre de rechercher à recouvrir le reliquat devant un juge plus favorable, et que, de toute façon, en application du droit national de ce tribunal, il était peu probable qu'il obtienne un second recouvrement. Voir la discussion menée ci-dessous sur l'article 34.

Paragraphe 3

371 Ce paragraphe, qui concerne à la fois les paragraphes 1 et 2, a déjà été analysé.

Article 34 – Divisibilité

372 L'article 34 permet au tribunal requis de reconnaître ou exécuter séparément une ou plusieurs parties d'un jugement rendu dans un État contractant, pour autant que ces parties soient dissociables du reste du jugement. Une telle solution peut être utile dans de nombreux cas. L'exemple le plus évident est le cas où une partie du jugement n'est pas susceptible de reconnaissance ou d'exécution, parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de la Convention, parce qu'elle est contraire à l'ordre public ou parce qu'il s'agit de mesures provisoires qui ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée ou encore ne sont pas exécutoires dans l'État d'origine. Il peut aussi arriver que seule une partie du jugement concerne l'État requis. Enfin, un jugement qui n'est pas susceptible d'être exécuté peut toujours être invoqué par le biais de l'autorité de chose jugée. Il revient au droit national de décider quelle procédure s'applique pour invoquer une ou plusieurs parties du jugement, voir ci-dessus l'article 30.

373 À la différence de ce qui figure à l'article 42, paragraphe 2, des Conventions de Bruxelles et de Lugano, aucune disposition ne concerne expressément l'exécution partielle, qui peut être utile dans d'autres cas que celui déjà décrit à propos de la mise en œuvre de l'article 33(2) *b)*. Cela ne résulte pas de l'article 34 dans sa rédaction actuelle. Une telle extension permettrait au tribunal requis de retrancher une fraction de la somme allouée par un jugement, parce qu'elle a déjà été payée par le débiteur, ou recouvrée par le créancier, pour ne garder que le montant qui reste dû.

374 La question de la divisibilité est en principe une question pratique, qui dépendra du point de savoir s'il est possible de n'exécuter qu'une partie du jugement et non l'autre sans modifier en profondeur les obligations des parties. Si cette question pose des problèmes juridiques, ceux-ci devront être résolus par application de la loi de l'État requis.

Article 35 – Actes authentiques

Paragraphes 1 à 3

375 L'inclusion dans la Convention des actes authentiques a soulevé bien de problèmes au sein de la Commission spéciale. La notion d'acte authentique n'étant pas connue de tous les systèmes juridiques, les délégations ont beaucoup hésité avant d'adopter une disposition commune à ce sujet, qui aurait pu rencontrer des difficultés lors de sa mise en œuvre, compte tenu aussi de ce que les conditions auxquelles leur reconnaissance doit être soumise ne peuvent pas être

367 The application for a reduction in the amount to be enforced must be made by the debtor who bears the burden of satisfying the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded. The creditor must be given the opportunity to be heard on this issue.

368 Although the investigation required by paragraph 2 will involve to a certain extent a re-examination of the merits of the decision of the original court, this should be kept to a minimum. There should be no need to re-open any decision as to the facts or the law by the original court on issues of liability or the losses suffered or likely to be suffered by the victim. Nor should the court addressed reduce the amount of damages sought to be enforced solely because they compensate for matters which would not have been compensable under the law of the State addressed, such as damages for pain and suffering. The paragraph is solely concerned with the question of quantification of the damages. The reference to "the circumstances, including those existing in the State of origin" indicates that the issue must not be determined solely by reference to the standards which the court addressed would apply in a domestic suit based on similar circumstances. If in the State of origin the cost of living is higher, especially medical expenses, and access to social security is more limited than in the State addressed, the court addressed must take those factors into account, particularly if the creditor is likely to continue to reside in the State of origin and will have to meet those expenses. Further, under paragraph 3, the fact that the verdict may have been inflated in order to provide for the costs and expenses of the plaintiff will also be a relevant factor. As a general principle "grossly excessive" is likely to mean "grossly excessive according to the standards usually applied by the courts of the State of origin". Certainly evidence that the sum awarded greatly exceeds what is the norm in similar cases in the State of origin will persuade the court addressed to intervene. On the other hand, evidence that the sum awarded greatly exceeds what is the norm in similar cases in the State addressed should not by itself suffice.

Sub-paragraph b)

369 If the court addressed is satisfied that the conditions set out in sub-paragraph *a)* have been met, it may reduce the amount to be enforced. The exact amount will depend on the view of the court addressed as to what is justified in the circumstances. However, sub-paragraph *b)* places a limit beyond which the amount of the judgment sought to be enforced cannot be reduced. This is the amount that a court of the State addressed could have awarded in the same circumstances, including those existing in the State of origin, that is to say, an amount which would not have been regarded as so unreasonable or unjustified, even after taking into account the higher living costs and expenses of the State of origin, that an appellate court in the State of origin would have set it aside or reduced it.

370 A concern was expressed by one delegation about the rights of a creditor whose judgment was only partially enforced in one Contracting State pursuant to Article 33 and who sought to recover the balance in another Contracting State whose policy was more expansive. A proposal was put forward whereby the creditor seeking to recover the balance had first to account for the sums received. This proposal was not accepted by the Special Commission which took the view that a creditor in such a position would be free to seek to recover the balance in a more favourable forum, but that under the national law of that forum it was unlikely that he would be granted a double recovery. See the discussion of Article 34 below.

Paragraph 3

371 This paragraph in its relevance to both paragraphs 1 and 2 has already been discussed.

Article 34 – Severability

372 Article 34 permits the court addressed to recognise or enforce some part or parts of a judgment rendered in a Contracting State by themselves, provided it or they are severable from the rest of the judgment. There are a number of instances where this may be useful. The most obvious example would be the case where some of the orders made were not capable of recognition or enforcement because they fall outside the scope of the Convention, are contrary to public policy, or because they are interim orders which do not have the effect of *res judicata* or are not as yet enforceable in the State of origin. It may also happen that only some elements of the judgment are relevant to the State addressed. Finally, a judgment which is not entitled to enforcement may still be pleaded by way of *res judicata*. As to whether the procedure should be by way of declaration or registration by part, this is a matter for the national law of the court addressed, see Article 30.

373 In contrast to Article 42, second paragraph, of the Brussels and Lugano Conventions, there is no express provision for partial enforcement which may be useful and not merely in the case instanced above in relation to Article 33(2) *b)*. It does not readily come within Article 34 as presently drafted. Such an extension will permit the court addressed in the example given above to sever the portion of a judgment debt which has already been paid by, or recovered from, the debtor from the portion which remains unpaid.

374 The question of severability will normally depend on a practical test, namely, whether it is possible to enforce one part and not the other without substantively changing the obligations of the parties. In so far as this raises issues of law, they will have to be determined according to the law of the State addressed.

Article 35 – Authentic instruments

Paragraphs 1 to 3

375 The inclusion of authentic instruments in the Convention has raised a number of problems within the Special Commission. As the concept of an authentic instrument is not familiar to all legal systems, delegations were reluctant to adopt a common provision which might have caused difficulties of implementation, also bearing in mind that the conditions governing recognition of these instruments cannot be

les mêmes que pour les jugements. Malgré ces problèmes, l'intérêt qu'il peut y avoir dans la pratique du crédit et du commerce de faire constater une créance par acte authentique pour le mettre ensuite à exécution, ainsi que la considération que l'extranéité de tels actes à un système juridique ne fait pas nécessairement obstacle à la possibilité de les reconnaître et d'y donner exécution dans le cadre de ce système[199], ont conduit à l'inclusion d'une disposition en la matière, bien qu'accompagnée de limitations.

376 Selon le premier paragraphe de l'article 35, en effet, la Convention ne s'applique pas directement à la reconnaissance et à l'exécution des actes authentiques reçus dans les autres États contractants. Son applicabilité est soumise à une déclaration que chaque État contractant pourra faire de les exécuter, sous réserve de réciprocité. Une obligation de les reconnaître et de les exécuter n'existera par conséquent que pour les États qui auront fait une telle déclaration. Bien qu'elle soit susceptible de limiter sensiblement l'applicabilité de la Convention en la matière, la solution retenue a été jugée préférable à l'exclusion complète du domaine de la Convention, car elle permet de définir les actes authentiques, ce qui pourrait se révéler important également pour les États qui, tout en ne connaissant pas cette notion juridique, accepteraient de les reconnaître et de les exécuter.

377 Le deuxième paragraphe décrit les éléments essentiels de l'acte authentique, en précisant qu'il doit avoir été établi par une autorité publique ou par une personne déléguée par l'autorité publique. En outre, il ne suffit pas que l'authentification porte sur la signature. Afin que l'acte puisse être considéré authentique, il est nécessaire que l'authentification porte également sur son contenu.

378 Le troisième paragraphe concerne les conditions et la procédure pour la reconnaissance et l'exécution. Au lieu de les préciser en détail, il se borne à renvoyer d'une façon générale aux dispositions du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution, en les déclarant applicables en tant que de besoin. Ce sera donc aux autorités chargées de la reconnaissance et de l'exécution d'identifier les règles en matière de conditions et de procédures qui demeurent applicables aux actes authentiques. La question d'une description directe de ces conditions et procédures a été toutefois réservée par la Commission spéciale, qui a préféré garder ce paragraphe entre crochets.

Article 36 – Transactions

379 Le terme anglais «*settlements*» utilisé dans cette disposition est l'équivalent du terme français «transactions». Il s'agit d'un mécanisme bien connu des pays de tradition romano-germanique, qui n'a pas de contrepartie directe dans les pays de *common law*. La «transaction judiciaire» a été définie comme un contrat conclu devant le juge par lequel les parties mettent fin au litige moyennant des concessions réciproques[200]. Elle doit être distinguée de la technique utilisée dans les pays de *common law* dans le même but, consistant à demander à un tribunal de prononcer un «*consent order*», par lequel il consent à rendre une décision sur des points ayant fait l'objet d'un accord entre les parties. Une telle pratique donne lieu à un véritable jugement au sens de l'article 23. La force obligatoire d'une transaction découle de l'accord des parties, non de l'autorité du tribunal, qui ne peut pas statuer sur les questions tranchées par la transaction[201]. Pour autant, il ne s'agit pas d'une transaction extrajudiciaire dont le tribunal serait simplement informé. Il s'agit bien d'un acte judiciaire, rédigé devant un juge qui à la différence des «*consent orders*», ne transforme pas l'accord en décision judiciaire émanant directement de l'autorité du tribunal. Dans la mesure où il s'agit d'une institution fondamentale des pays de tradition romano-germanique, qui remplit la fonction des «*consent orders*», une disposition spécifique est nécessaire pour prévoir l'exécution de telles transactions. Dans la mesure où la transaction est avant tout consensuelle, il est inutile de soulever la question de la compétence au sens du chapitre II. Cependant, l'obligation de reconnaître ou d'exécuter n'existera que si la transaction a été homologuée par le tribunal d'un État contractant.

380 Les conditions posées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 25 s'appliquent à cette hypothèse. Si, comme tel peut être le cas dans certains pays, une transaction n'a pas d'autorité de chose jugée dans le pays dans lequel elle a été conclue, elle ne peut être reconnue dans un autre État contractant[202]. Si elle en bénéficie, elle peut être invoquée pour s'opposer à ce qu'une nouvelle action entre les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause soit entamée. De la même façon, pour être déclarée exécutoire dans l'État requis, la transaction doit être exécutoire dans l'État où elle a été conclue. L'utilisation des termes «déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution» renvoie à la procédure par laquelle l'État requis peut rendre exécutoire la transaction, en application de son droit commun comme l'établit l'article 30.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 – Rapport avec d'autres Conventions

381 La Commission spéciale n'a pas formulé de disposition sur les relations de la Convention avec d'autres Conventions internationales, bien que plusieurs aspects de ce problème aient été discutés au cours de ses différentes sessions. La question présente de nombreux volets délicats, non seulement en raison du nombre et de la variété des conventions multilatérales et bilatérales existant en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements, mais surtout du fait que certaines d'entre elles ont une nature particulière, notamment la Convention de Bruxelles. Celle-ci s'insère dans un processus d'intégration régionale qui conduit à en modifier la structure en la transformant en un acte communautaire[203]. Ces considérations impliquent que le problème ne peut pas être abordé dans les termes traditionnels des relations entre conventions de type classique et demande une approche nouvelle qui tienne compte de la situation particulière qui caractérise le réseau de conventions simples et doubles en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements. Des propositions ont été présentées par des délégations à la Commission spéciale qui, n'ayant pu les examiner d'une façon suffisamment approfondie, a décidé de les reproduire en annexe à l'avant-projet de Convention[204], sans se prononcer à leur égard. Sans faire une présentation détaillée des trois propositions qui figurent en annexe, qui ne peut qu'être faite par leurs auteurs, ou procéder à une discussion exhaustive, qui doit être laissée à la Session diplomatique, on peut néanmoins indiquer brièvement les différentes approches qui les caractérisent.

382 La première proposition se fonde sur le principe de la priorité des autres instruments internationaux sur la Convention, sauf manifestation de volonté contraire des États qui sont Parties à de tels instruments. Toutefois, la Convention aurait priorité sur les autres instruments internationaux dans la mesure où ces derniers adoptent des fors exorbitants inter-

[199] Ainsi que le montre le précédent des Conventions de Bruxelles et de Lugano, conclues entre États dont quelques-uns ne connaissent pas la notion d'acte authentique, sans que cela les ait empêchés d'accepter un texte conventionnel qui contient une disposition à cet égard (art. 50).
[200] H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), ch. 4, spéc. No 417, p. 308.
[201] Voir CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Bach* (C-414/92), *Rec.* 1994, p. I-2237.
[202] Sur le droit allemand, voir R. Geimer (*op. cit.* note 162), p. 715, *Rz* 2864.
[203] Voir la proposition de Règlement présentée par la Commission au Conseil le 14 juillet 1999, COM (1999) 348 final.
[204] Voir ci-dessus p. 202 du présent tome.

Rapport Nygh/Pocar

the same for all judgments. Despite these problems, the practical value for credit and business transactions of having a sum receivable recorded by means of an authentic instrument which can subsequently be enforced, and the fact that even if these instruments are unfamiliar to a particular legal system this does not necessarily prevent them from being recognised and enforced through that system,[199] resulted in the inclusion of a clause on this subject, albeit with some limitations.

376 In fact, according to paragraph 1 of Article 35, the Convention does not apply directly to the recognition and enforcement of authentic instruments received in other Contracting States. Whether it will apply depends on a declaration by each Contracting State that it will enforce them, subject to reciprocity. Consequently, the obligation to recognise and enforce them exists only for States which have made such a declaration. This solution may place a considerable restriction on the extent to which the Convention will apply in this area, but was felt to be preferable to excluding it completely from the scope of the Convention, since it makes it possible to define authentic instruments; this could also be important for States which are willing to recognise and enforce them although the legal concept is unfamiliar to them.

377 The second paragraph describes the essential features of an authentic instrument, stipulating that it must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority. Moreover, it is not sufficient for the authentication to relate to the signature; for the instrument to be regarded as authentic, it must also relate to the content of the document.

378 The third paragraph concerns the conditions and procedure for recognition and enforcement. Instead of spelling these out in detail, it merely refers in general terms to the provisions in the Chapter on recognition and enforcement, declaring these applicable as appropriate. It will therefore be for the authorities responsible for recognition and enforcement to identify the rules on conditions and procedure which remain applicable to authentic instruments. However, the Special Commission reserved the question of a direct description of the conditions and procedures by retaining this paragraph within square brackets.

Article 36 – Settlements

379 The term "settlements" as used in this Article is employed as a counterpart to the French word "*transaction*". It is an institution well known in the civil law which does not have a direct counterpart in the common law. The "*transaction judiciaire*" has been defined as a contract concluded before a judge in which the parties settle their dispute through mutual concessions.[200] It must be distinguished on the one hand from the practice, used in common law countries for this purpose, of handing up to the court consent orders to be made by the court on the terms agreed by the parties. This results in a judgment as defined in Article 23. The force of the settlement derives from the agreement of the parties, not the authority of the court which does not rule on the points settled.[201] Yet, it is more than an "out-of-court" settlement of which the court is informed. It is an "in-court" settlement made before the judge who does not, as in consent orders, transform the contractual agreement into a decision which emanates directly from the authority of the court. As an essential part of civil law settlement procedure which fulfils in essence the function of the consent order, obviously provision must be made for the enforcement of such settlements. Since the settlement is essentially consensual, issues of jurisdiction under Chapter II will not arise. However, the obligation to recognise or enforce will only arise if the settlement is made before a court of a Contracting State.

380 The conditions laid down in paragraphs 2 and 3 of Article 25 do apply. If, as may be the case in some countries, a settlement does not have the force of *res judicata* in the State where it was entered into, it cannot be recognised in another Contracting State.[202] If it does, it may be pleaded in opposition to a fresh action between the same parties on the same subject. Likewise, in order to be enforceable in the State addressed, the settlement must be enforceable in the State where it was entered into. The terms "declaration of enforceability or registration for enforcement" refer to the procedure whereby the settlement may be made enforceable in the State addressed pursuant to its national law as envisaged by Article 30.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 – Relationship with other Conventions

381 The Special Commission has not drafted a clause on the relationship between the Convention and other international Conventions, although various aspects of this problem were discussed during its sessions. There are numerous problematic angles to this question, not only because of the range and variety of multilateral and bilateral conventions on the subject of recognition and enforcement of judgments, but also and mainly because of the fact that some of them, such as the Brussels Convention, are distinctive in character. The Brussels Convention is part of a regional integration process; this has the result of altering its structure and turning it into a European Community Act.[203] This implies that the problem cannot be approached from the traditional angle of the classic relationship between conventions; it calls for a new approach, to take account of the particular situation prevailing in the network of simple and double conventions governing the recognition and enforcement of judgments. Proposals were submitted by delegations to the Special Commission, which could not deal with them in sufficient detail and therefore decided, without making any decision on them, to reproduce them in an Annex to the preliminary draft Convention.[204] No detailed presentation will be attempted here of the three proposals contained in the Annex, as this can only be done by their authors, nor will there be any exhaustive discussion, which must be left to the Diplomatic Session. However, the different approaches adopted in these proposals may be briefly described.

382 The first proposal is based on the principle that the other international instruments will take priority over the Convention, unless the States Parties to these instruments declare an intention to the contrary. However, the Convention will take priority over the other international instruments where the latter provide for exceptional fora not authorised by

[199] This is evident from the precedent of the Brussels and Lugano Conventions, which were concluded among States some of which do not have the concept of an authentic instrument, but this did not prevent them from accepting a treaty text containing a clause on this subject (Art. 50).
[200] See H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), Ch. 4, esp. No 417 at p. 308.
[201] See *Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Bach* C-414/92 decision 2 June 1994 [1994] *ECR.* p. I-2237.
[202] See, as to Germany, R. Geimer (*op. cit.* note 162), p. 715, *Rz* 2864.
[203] See the proposed regulation submitted by the Commission to the Council on 14 July 1999, doc. COM (1999) 348 final.
[204] See *supra* p. 203 of this tome.

Nygh/Pocar Report

dits par l'article 18, ce qui obligerait par exemple les États parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano à ne pas appliquer leur article 4 aux défendeurs domiciliés dans des États parties à la Convention de La Haye. Dans la notion d'instruments internationaux seraient naturellement compris les instruments qui ne sont pas des conventions internationales au sens propre, à savoir les lois uniformes adoptées dans le cadre d'une intégration régionale ou les instruments adoptés au sein d'une communauté d'États.

383 La deuxième proposition qui figure en annexe part de l'idée que deux dispositions sont nécessaires pour régler ce problème. L'une, dont le texte n'est pas encore disponible, rédigée peut-être dans des termes classiques, régirait d'une manière générale l'ensemble des relations avec les autres conventions internationales. L'autre, qui est présentée d'une façon détaillée, serait destinée à régir les rapports avec les instruments européens, englobant dans cette expression les Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement communautaire (Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). Un État soumis à un instrument européen devrait donner priorité à cet instrument dans son domaine d'application et l'appliquer au lieu de la Convention. Toutefois, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un État soumis aux instruments européens, cette priorité des instruments européens ne serait absolue que pour ce qui concerne les dispositions sur les compétences exclusives, la prorogation volontaire de compétence, la litispendance et la connexité, et les compétences de protection ; en dehors de ces cas, les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention de La Haye seraient applicables. Enfin, même lorsque le défendeur est domicilié dans un État soumis aux instruments européens, les tribunaux d'un tel État devraient de toute façon appliquer : *a)* l'article 4 de la Convention si le tribunal élu est un État tiers ; *b)* l'article 12 de la Convention si le tribunal que cet article indique comme exclusivement compétent est situé dans un État tiers ; et *c)* les articles 21 et 22 de la Convention si le tribunal en faveur duquel la procédure est suspendue ou la compétence déclinée est situé dans un État tiers. La proposition vise à mettre en lumière en détail les aspects pour lesquels une coordination entre la Convention et les instruments européens est nécessaire et à trouver un équilibre entre les exigences de l'une et des autres. Une description détaillée des critères de coordination a également la finalité de fournir aux autorités qui devront faire application de la Convention et des instruments européens une clé de lecture plus simple que celle qui résulterait d'une disposition formulée en termes généraux.

384 La troisième proposition reproduite en annexe vise les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux pour ce qui est de la reconnaissance et l'exécution des jugements. Elle pose le principe que les jugements rendus par les tribunaux d'un État contractant de la Convention, fondés sur une compétence prévue par un autre instrument international, devrait être reconnus dans les autres États contractants de la Convention qui seraient également Parties à l'autre instrument. Cette règle ne s'appliquerait pas aux États qui auraient fait la réserve de ne pas être soumis à une telle disposition, totalement ou à l'égard d'instruments déterminés.

385 Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, la Commission spéciale n'a pas pris de position sur ces propositions, en laissant toute détermination à la Session diplomatique, qui devra se prononcer en la matière, tenant compte du fait que la disposition ou les dispositions à adopter devront régler les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux sous l'angle tant de la compétence internationale directe que de la reconnaissance et l'exécution des jugements.

Article 38 – Interprétation uniforme

386 Depuis le tout début des discussions sur une éventuelle Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers, il a été reconnu que l'uniformité d'interprétation de cette Convention était une question de la plus haute importance. À défaut d'une telle uniformité, le risque d'interprétations nationales divergentes augmenterait et l'espoir de parvenir à des solutions certaines et prévisibles s'évanouirait. Lors de la réunion de la Commission spéciale de novembre 1998, les co-Rapporteurs, dans le Document de travail No 94, ont présenté un texte contenant plusieurs propositions permettant de parvenir à une certaine uniformité. Ces propositions forment le socle des articles 38, 39 et 40.

387 Le paragraphe 1 de l'article 38 est une disposition non controversée qui apparaît déjà dans d'autres Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 16 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*. Une disposition analogue peut être trouvée dans l'article 7(1) de la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* de 1980. Une telle disposition est sans doute de nature incantatoire et n'ajoute guère aux obligations déjà existantes selon lesquelles une convention internationale doit être interprétée de façon cohérente et unifiée. Toutefois, elle devrait encourager les tribunaux nationaux à adopter des définitions autonomes de termes tels que « civil et commercial », ou « résidence habituelle ». Elle devrait aussi permettre d'éviter la tentation de ne définir qu'à l'aide des concepts du droit interne des catégories telles que « contrat » ou « délit ».

388 Le paragraphe 2 de l'article 38 trouve son inspiration dans la disposition passablement diffuse de l'article premier du second Protocole de la Convention de Lugano, dont les États parties, tiers à l'Union européenne, ont ceci de commun avec les futurs États contractants à la Convention de La Haye, que se pose à eux le même problème, lié à l'absence d'une Cour commune susceptible d'interpréter la Convention. Le paragraphe 2 pose une obligation positive, qui est celle de tenir dûment compte de la jurisprudence des autres États contractants. Cette obligation ne forcera pas les tribunaux des États contractants à appliquer celles des décisions étrangères qu'ils estiment mauvaises, mais, en gardant à l'esprit la disposition du paragraphe 2, ils devraient au moins hésiter à parvenir à des conclusions opposées à celles auxquelles sont parvenues les décisions rendues dans d'autres États contractants. Elle les oblige aussi à prêter attention à ces décisions et à ne pas se contenter de statuer en référence à la jurisprudence locale.

Article 39

389 L'ensemble de l'article 39 figure entre crochets pour être discuté à nouveau lors de la Session diplomatique, bien que les paragraphes 1 et 2, au moins, ne posent pas de problème nouveau.

390 Le paragraphe 1 reconnaît l'importance d'un échange d'information portant sur les décisions pertinentes ou sur toute information utile. Sans cet échange d'information, l'article 38 pourrait ne pas fonctionner correctement, et l'objectif d'interprétation uniforme deviendrait sans objet. Le Bureau Permanent procède depuis longtemps à une collecte d'information sur la jurisprudence des États contractants, tout particulièrement pour la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Il prépare actuellement une base de données des décisions rendues en application de cette Convention, grâce à l'aide de généreux donateurs. Dans le but de réduire la charge de travail des États contractants,

Article 18, which, for instance, would oblige States Parties to the Brussels and Lugano Conventions not to apply Article 4 of those Conventions to defendants domiciled in States Parties to the Hague Convention. The concept of international instruments would of course include instruments which are not international conventions in the true sense, namely uniform laws adopted for the purposes of regional integration, or instruments adopted within a community of States.

383 The second proposal in the Annex is based on the idea that to regulate this problem, two provisions are needed. One of these, the text of which is not yet available but will perhaps be drafted in conventional terms, would govern all relations with the other international conventions, in a general sense. The other, given here in detail, would govern relations with the European instruments, a term which would encompass the Brussels and Lugano Conventions and the European Community Regulation (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters). A European instrument State would have to give priority to that instrument, and apply it, in the field in which it is applicable. However, when the defendant is not domiciled in a European instrument State, this priority for the European instruments would be absolute only as regards the provisions on exclusive jurisdiction, prorogation of jurisdiction, *lis pendens* and related actions, and protective jurisdiction. In all other instances, Articles 3, 5 to 11, 14 to 16 and 18 of the Hague Convention would apply. Finally, even when the defendant is domiciled in a European instrument State, the courts of that State would in any event have to apply: *a)* Article 4 of the Convention whenever the court chosen is a third State; *b)* Article 12 of the Convention if the court with exclusive jurisdiction under that provision is situated in a third State; and *c)* Articles 21 and 22 of the Convention if the court in whose favour the proceedings are stayed or jurisdiction is declined is situated in a third State. This proposal seeks to highlight in detail the aspects for which co-ordination is needed between the Convention and the European instruments, and to strike a balance between their respective requirements. By providing a detailed description of the criteria for co-ordination, the intention is also to give the authorities which will have to apply the Convention and the European instruments a simpler rule of thumb than they would gain from a clause worded in general terms.

384 The third proposal in the Annex governs relationships between the Convention and other international instruments as regards the recognition and enforcement of judgments. It enshrines the principle that judgments rendered by courts in a Contracting State to the Convention which are based on jurisdiction granted under a different international convention are to be recognised in the other Contracting States to the Convention which are also Parties to the other instrument. This rule would not apply to States which had made a reservation that they would not be governed by the provision, either altogether or as to certain designated Conventions.

385 As explained above, the Special Commission has not taken any stance on these proposals. The decision has been left to the Diplomatic Session, which will have to take account of the fact that the provision or provisions adopted must regulate the relationship between the Convention and other international instruments from the viewpoint both of direct international jurisdiction and of the recognition and enforcement of judgments.

Article 38 – Uniform interpretation

386 From the beginning of discussion about a possible Convention on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgments, it has been acknowledged that the uniform interpretation of the proposed Convention would be a matter of the utmost importance. Without such uniformity, the risk of divergent national applications will increase and the hoped-for advantages of certainty and predictability will be lost. At the Special Commission meeting of November 1998, the co-Reporters, in Working Document No 94, presented a paper containing a number of proposals whereby a degree of uniformity could be achieved. Those proposals form the basis for Articles 38, 39 and 40.

387 Paragraph 1 of Article 38 is an uncontroversial provision which has appeared in other Hague Conventions, such as Article 16 of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*. A similar provision is found in Article 7(1) of the 1980 *Vienna Convention on contracts for the international sale of goods*. Such a provision is of a precatory nature and probably does not add much to the already existing obligation to interpret international conventions in a consistent and uniform manner. However, it should encourage courts to adopt an autonomous interpretation of terms such as "civil and commercial" and "habitual residence". It should also restrain the natural temptation to define categories such as "contractual" and "tortious" in purely domestic terms.

388 Paragraph 2 of Article 38 found its inspiration in the somewhat more verbose provision of Article 1 of the Second Protocol to the Lugano Convention whose Member States outside the European Union share with the potential Contracting States to the preliminary draft Convention the problem of not having a common court to interpret the Convention. Paragraph 2 imposes a more positive obligation to pay due account of the case law of other Contracting States. This will not oblige the courts of Contracting States to apply those decisions if they consider them to have been wrongly decided, but having regard to the provision in paragraph 2, it should make them at least hesitant to arrive at conclusions which were at odds with decisions in other Contracting States. It also compels them to consider those cases and not decide issues solely by reference to local jurisprudence.

Article 39

389 The whole of Article 39 still appears in brackets for consideration by the Diplomatic Session, although paragraphs 1 and 2, at least, do not raise any new issues.

390 Paragraph 1 recognises the importance of an exchange of information about important court decisions and other relevant information. Without this information, Article 38 could not operate effectively and the aim of uniformity would become meaningless. The Permanent Bureau has for a long time collected information about case law in Contracting States, most notably in relation to the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. It is currently in the process of preparing a database of decisions under that Convention with the aid of generous donors. In order to reduce the burden on Con-

Nygh/Pocar Report

l'obligation de fournir des informations a été limitée aux décisions pertinentes. Il ne s'agirait certainement pas de toutes les décisions rendues en application de la Convention. Cette précision étant faite, il ne semble pas que la disposition contenue dans le paragraphe 1 ait soulevé d'opposition de la part de la Commission spéciale.

391 Le paragraphe 2 répète une particularité qui peut être trouvée dans la plupart des récentes Conventions de La Haye. À plusieurs reprises, des Commissions spéciales ont été convoquées pour examiner le fonctionnement de Conventions, telles que la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ou la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*. Aucune délégation n'a suggéré qu'un examen régulier du fonctionnement de la Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers ne soit pas nécessaire ou souhaitable. On peut ajouter qu'un tel examen serait même d'une importance vitale.

392 Le paragraphe 3 concerne la nécessité d'une « Convention évolutive », dont les termes pourraient être amendés dans le but de régler de nouveaux problèmes, liés par exemple à l'émergence de nouvelles techniques de communication ou de commerce qui ne sont pas encore envisageables aujourd'hui ou ne sont pas suffisamment mûres pour faire l'objet d'une réglementation. Une telle solution permettrait aussi de rectifier les défauts ou les omissions de la Convention au fur et à mesure qu'ils apparaissent. Le paragraphe a donné lieu à une controverse courtoise, lorsqu'un expert s'est interrogé sur le point de savoir si la Commission spéciale chargée de cette révision aurait le pouvoir de faire des recommandations et de proposer des modifications ou une révision de la Convention. Notons que l'article 7 du Statut de la Conférence est rédigé en termes très larges, permettant la convocation de Commissions spéciales en vue d'élaborer des projets de conventions ou d'étudier toute question de droit international privé. De l'étude de cette disposition, il résulte que la Commission spéciale pourrait faire des recommandations, voire préparer des projets d'amendements ou de protocoles additionnels aux conventions, comme elle l'a déjà fait par le passé.

Article 40

393 L'article 40 pose une question plus difficile qui devra être abordée par la Session diplomatique. La proposition visant à constituer des panels d'experts qui, à la demande des parties ou du tribunal d'un État contractant, formuleraient des recommandations dépourvues de caractère obligatoire sur l'interprétation de la Convention, a été faite au début du travail de la Commission spéciale[205]. La suggestion a ensuite été reprise et développée dans la proposition B du document présenté par les co-Rapporteurs dont il a déjà été fait mention (Doc. trav. No 94). Ils ont fortement suggéré à la Commission spéciale de considérer cette proposition, qui constitue l'une des meilleures méthodes pour parvenir à une interprétation uniforme de la Convention. Malheureusement, le temps a manqué pour que la Commission spéciale de 1999 accorde à cette proposition autant d'attention qu'auraient souhaité les co-Rapporteurs. Dès lors, l'article 40 a été laissé entre crochets pour que la question soit étudiée et discutée lors des consultations nationales. Si la proposition de constituer un panel est soutenue et approuvée, le délai inévitable entre l'approbation de l'avant-projet lors de la Session diplomatique et l'entrée en vigueur de la Convention pourrait être mis à profit pour rédiger un protocole facultatif.

394 Lors de la réunion de la Commission spéciale d'octobre 1999, aucune discussion de fond n'a été menée sur cet article. Un expert a soulevé une forte objection à cet article, même entre crochets, fondée sur le fait que la constitution d'un panel d'experts détachés de tout contrôle par les juridictions nationales s'apparenterait à un véritable outrage à la cour (« *contempt of court* ») dans son pays et serait contraire au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire posé par la Constitution de son pays. Il se peut en effet que dans certains États, une difficulté constitutionnelle se pose dans l'hypothèse où un tribunal demanderait l'opinion d'experts sur l'interprétation de la Convention, même si cette opinion ne lie pas le tribunal auteur de la requête. Il s'agit là manifestement d'une question qui doit faire l'objet d'une discussion plus approfondie. Toutefois, comme l'indique le paragraphe 2, la proposition n'envisage qu'un protocole facultatif. Un État dans lequel des problèmes constitutionnels risqueraient de surgir sur ce point ne serait pas obligé d'adhérer à ce protocole.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 41 – Clause fédérale

395 L'avant-projet de Convention ne contient pas de clause fédérale. Celle-ci devra être rédigée lors de la Session diplomatique. En réalité, le terme « clause fédérale » est malheureux, dans la mesure où la question de la répartition des compétences législative et juridictionnelle peut se poser dans de nombreux États qui n'ont pas de structure fédérale. Plusieurs questions devront être abordées :

1 *Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non toutes les unités territoriales constituant un État donné*

396 Cette clause est traditionnellement placée avec les clauses finales.

397 Depuis 1970, les Conventions de La Haye ont toujours prévu une disposition par laquelle un État comportant deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des règles juridiques différentes sont applicables à la question traitée par la Convention peut déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à certaines d'entre elles. Fréquemment, la formulation utilisée permet une modification ultérieure de la déclaration faite à l'origine[206]. L'application de cette clause n'est pas limitée aux États ayant une structure fédérale : elle peut s'appliquer à des États, comme le Royaume-Uni ou la Chine qui, sans être des États fédéraux contiennent des unités territoriales possédant des systèmes juridiques différents. Une version modifiée de cette clause traditionnelle a été proposée lors de la Commission spéciale d'octobre 1999 dans le Document de travail No 312, variante 1.

398 Il est rarement fait usage de la possibilité de n'adopter la Convention que pour des entités territoriales particulières. La plupart des États fédéraux ou multi-étatiques préfèrent ratifier ou adhérer pour l'ensemble de l'État, après, sans aucun doute, consultation des autorités provinciales ou étatiques. Mais pour les États qui l'utilisent, il s'agit d'une importante opportunité, et il n'a jamais été suggéré de la supprimer.

2 *Clause de répartition*

399 Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales.

[205] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 200.

[206] Voir l'art. 23 de la Convention Divorce de 1970.

tracting States, the obligation to supply information has been limited to the supply of copies of significant decisions. It certainly does not extend to all decisions which arise out of the Convention. With this qualification there did not appear to be any objection in the Special Commission to paragraph 1.

391 Paragraph 2 repeats a feature of most recent Hague Conventions. Special Commissions have been convened on several occasions to review Conventions such as the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* and the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*. No delegation in the Special Commission suggested that a periodic review of the Convention on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgments would not be necessary or desirable. Indeed, it will be vital.

392 Paragraph 3 meets the needs of a "continuing Convention" whose terms may have to be amended to address new circumstances, such as the emergence of new means of communication and of doing business which might not be foreseeable at present or might not yet be ripe for legislative action. It will also allow defects and omissions in the Convention to be rectified as they become apparent. The paragraph raised a mild controversy when an expert queried whether the Special Commission on such a review would have the power to make recommendations and to propose modifications or revisions of the Convention. However, Article 7 of the Statute of the Conference is expressed in very wide terms allowing the convening of Special Commissions to prepare draft conventions and to study any question of private international law. Clearly, as a result of such study it can make recommendations and even prepare draft amendments and protocols to conventions, as it has done in the past.

Article 40

393 Article 40 does raise a more substantive issue for the consideration of the Diplomatic Session. The proposal that there be a panel of experts which would give interpretative and non-binding rulings at the request of the parties or of a court of a Contracting State was made early in the work of the Special Commission.[205] The suggestion was further elaborated as Proposal B in the paper prepared by the co-Reporters already referred to (Work. Doc. No 94). They strongly urged its consideration by the Special Commission as the best method for achieving uniformity. Unfortunately, there was not the time and opportunity to give the proposal the attention during the 1999 Special Commission which the co-Reporters had envisaged. Article 40 is therefore placed in brackets to raise the issue for consideration and discussion in consultations. If the proposal that there be a panel of experts finds approval and support, the inevitable delay between approving the draft Convention at the Diplomatic Session and the entry into operation of the Convention could be utilised to draw up an optional protocol.

394 There was no substantive discussion of the Article at the Special Commission meeting of October 1999. One expert raised a strong objection to the Article even going forth in brackets on the ground that the reference to a panel of experts outside the control of any national judiciary could amount to a contempt of court in his State and would offend against the principle of judicial independence enshrined in his State's Constitution. It may well be that in some States a request by a court for the opinion of experts on the interpretation of the Convention will raise constitutional problems, even if that opinion is not binding on the requesting court. This is obviously an issue which needs further consideration. However, as paragraph 2 indicates, the proposal envisages an optional protocol. A State where there are constitutional problems in this regard would not be compelled to participate.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 41 – Federal clause

395 The preliminary draft Convention does not contain a federal clause. This will have to be drafted at the Diplomatic Session. The term "federal clause" is actually a misnomer since the issue of distribution of jurisdictional and legislative competence can arise in many States which do not have a federal structure. There are a number of issues that will have to be considered:

1 *The form of the clause permitting ratification for some but not all of the territorial units constituting a particular State*

396 This clause traditionally is placed among the Final Clauses.

397 The Hague Conventions have since 1970 included an article whereby a State with two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in the relevant Convention may declare that the Convention shall either extend to all its territorial units or only to one or more of them. Often the formula used has permitted a modification of the original declaration at a subsequent time.[206] The operation of that clause is not confined to political federations: it can apply to States such as the United Kingdom and China which do not have a federal structure but do contain territorial units with different legal systems. A modified version of this traditional clause was put forward as Variant One in Working Document No 312 at the session of the Special Commission held in October 1999.

398 The opportunity to adopt a Convention for particular territories only is not often used. Most federations and multi-legal States prefer to ratify or accede for the whole of the State, no doubt after consultation with state or provincial authorities. But for those States that use it, it is an important facility and it has never been suggested that they should be denied it.

2 *A distributive clause*

399 Such a clause, if adopted, should be placed among the General Clauses.

[205] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 200.

[206] See the 1970 Divorce Convention, Art. 23.

400 Une autre clause qui est apparue dans les Conventions de La Haye est une clause de répartition par laquelle l'utilisation de concepts tels que la « résidence habituelle dans l'État contractant » doivent se lire comme visant l'unité territoriale de cet État dans lequel la personne en cause est habituellement résidente. Ainsi, pour les États-Unis d'Amérique, l'utilisation de la notion de résidence habituelle dans un État contractant doit être comprise comme visant la résidence habituelle en Californie uniquement si la personne en question est habituellement résidente dans cet état. Une forme très extensive de clause distributive peut être trouvée dans la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*. Une formulation bien plus simple, concernant il est vrai uniquement des questions de conflit de lois, se trouve dans l'article 19 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*.

401 Il est indubitable qu'un problème se pose pour les États qui comprennent plusieurs unités territoriales ayant chacune son système juridictionnel. Est-ce qu'un demandeur, qui souhaite par exemple attraire en justice un défendeur habituellement résident en Californie, peut saisir un tribunal de New York en arguant que l'unité territoriale pertinente de la Convention est l'ensemble des États-Unis d'Amérique et non pas simplement la Californie ? La réponse doit être négative, dans la mesure où une telle solution perturberait gravement les règles internes de compétence, ce qui pourrait mettre en péril les chances de ratification de la Convention. Pourtant, la Commission spéciale a rejeté une proposition visant à désigner « le lieu » de la résidence habituelle ou de tout autre facteur de rattachement, et lui a préféré la référence à « l'État ».

402 Une solution serait d'adopter une clause de répartition, dans le sens qui vient d'être expliqué. Mais une telle solution constituerait, au moins pour les États ayant plusieurs systèmes juridictionnels, un recul par rapport à la décision de la Commission spéciale. Plus important, la solution risquerait de conduire à d'autres difficultés, dans la mesure où dans la plupart des États fédéraux, des systèmes juridictionnels fédéraux coexistent avec d'autres systèmes juridictionnels étatiques ou provinciaux. Pour les tribunaux fédéraux, une référence aux unités territoriales ne serait pas adaptée.

3 *Référence à la loi interne de l'État contractant*

403 Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales. Même sans une telle clause, il est probable qu'un demandeur potentiel souhaitant entamer une action contre un défendeur habituellement résident dans un État contractant multi-juridictionnel ou recherchant la compétence sur la survenance d'un fait ou l'existence d'une succursale dans cet État devra se plier aux règles internes de répartition de la compétence. Comme on a déjà pu le remarquer, la Convention ne peut envisager de remplacer les règles internes de répartition des compétences au sein de chaque État. C'est précisément pour cette raison que la Commission spéciale a préféré le terme « État » au terme « lieu », car l'adoption de ce dernier terme aurait pu conduire certains États à modifier ces règles internes. Lorsque la Convention désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État particulier, il revient aux règles internes de cet État de déterminer quel est le tribunal compétent. La seule exception possible est celle du choix, conformément à l'article 4, de l'ensemble des tribunaux d'un État contractant (voir ci-dessus la discussion menée sur cette question).

400 Another clause which has appeared in Hague Conventions is a distributive clause whereby references to concepts such as "habitual residence in the Contracting State" are to be read as references to the territorial unit of that State in which the person in question is habitually resident. Thus, a reference to habitual residence in relation to the United States of America as a Contracting State should be read as referring to California only, if the person in question is habitually resident there. A very extensive form of distributive clause is found in Article 47 of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. A much simpler formula, admittedly relating to choice of law issues only, is found in Article 19 of the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency*.

401 There is undoubtedly a problem in relation to a State which contains several territorial units which have their own judicial systems. Can a plaintiff, for instance, who wishes to bring an action against a defendant habitually resident in California, bring action in New York, because the relevant unit under the Convention is the United States of America as a whole and not California? The answer must be in the negative since this would seriously disturb internal rules of jurisdiction which would make ratification of the Convention less attractive. However, the Special Commission rejected the proposition that references in the Convention should be to the "place" of habitual residence and other connecting factors and adopted a reference to the State instead.

402 One solution would be to adopt a distributive clause as mentioned above. This would, at least in relation to States with several judicial systems, constitute a retreat from the decision of the Special Commission. More importantly, it would create other problems since in most federal States federal judicial systems co-exist with state or provincial systems. For the federal courts a reference to territorial units would be inappropriate.

3 *A reference to the internal law of a Contracting State*

403 Such a clause, if adopted, should be placed among the General Clauses. Even without such a clause, it is probable that a prospective plaintiff who wishes to bring an action against a defendant habitually resident in a multi-jurisdictional Contracting State or base jurisdiction on the occurrence of an event or the existence of a branch in such a State will have to conform with the internal rules for the distribution of jurisdiction within that State. As remarked before, the Convention cannot be taken to override the internal jurisdictional arrangements made in each State. Indeed, that was the very reason why the Special Commission preferred to refer to "State" rather than "place" since adoption of the latter term might have compelled some States to change those arrangements. Once the Convention refers to a court or courts of a particular State, the internal rules of that State determine which court has jurisdiction. The only possible exception is a selection pursuant to Article 4 of the courts generally of a Contracting State, see the discussion above.

Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale Rapport des travaux de la réunion d'Ottawa – 28 février au 1er mars 2000

RÉDIGÉ PAR CATHERINE KESSEDJIAN
AVEC L'AIDE DE L'ÉQUIPE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA

Document préliminaire No 12 d'août 2000

INTRODUCTION

1 À l'invitation du Gouvernement du Canada et conformément à la décision prise par la Commission spéciale le 30 octobre 1999, la Conférence de La Haye de droit international privé a organisé, à Ottawa, du 28 février au 1er mars 2000, une réunion d'experts destinée à explorer les questions posées par le commerce électronique pour ce qui a trait à la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux. Les travaux ont été présidés par Jacques Gauthier, Conseil juridique au sein du Gouvernement canadien[1].

2 Après avoir entendu les mots de bienvenue de Morris Rosenberg, sous-Ministre de la Justice et Procureur général adjoint du Canada, les experts ont entendu plusieurs introductions concernant l'état des travaux de la Conférence de La Haye sur le projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale[2]; sur les nouveaux développements dans le domaine du commerce électronique[3]; les développements récents au sein des organisations internationales s'occupant de commerce électronique[4]; ainsi que des développements récents au sein de certains des États membres de la Conférence de La Haye[5].

3 Par ailleurs, le doyen Henry Perrit[6] a présenté le projet de l'*American Bar Association* (ABA) qui analyse un grand nombre de questions juridiques liées à la compétence[7] par rapport aux besoins du commerce électronique[8].

4 D'autre part, s'agissant d'une réunion tenue à la suite de la Table ronde organisée par la Conférence de La Haye de droit international privé en coopération avec l'Université de Genève, en septembre 1999, les experts avaient à leur disposition une Note reprenant de manière succincte les conclusions essentielles auxquelles étaient parvenues les différentes commissions de travail au sein de cette Table ronde[9].

[1] La liste des experts ayant participé à la réunion est annexée au présent rapport (annexe I).
[2] Cette introduction a été présentée par Peter Nygh et Fausto Pocar, co-Rapporteurs du projet.
[3] Présentation faite par Mark Pearl, représentant la WITSA (*World Information Technology and Services Alliance*) et David Fares, représentant l'USCIB (*United States Council on International business*).
[4] Une présentation brève a été faite pour la CNUDCI, l'OMPI, l'Union européenne et le *National Law Center for Interamericqn Free Trade*.
[5] Australie, Autriche, Canada, Chine, États-Unis d'Amérique, Irlande, Japon et Maroc.
[6] *Institute of Technology, Chicago-Kent. College of Law*.
[7] Dans le projet de l'ABA, ce terme est entendu à la fois pour la compétence juridictionnelle et la compétence législative.
[8] «Jurisdiction in Cyberspace Project»: depuis la réunion d'Ottawa, le projet a abouti à la présentation publique d'un rapport à New York et à Londres en juillet 2000. Voir ci-dessous section 5 et annexe V, dans laquelle figurait un extrait du projet de rapport intitulé «Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet», disponible en anglais uniquement. L'annexe V n'est pas reproduite dans ce tome, voir le site Internet de l'ABA (<www.abanet.org>), à l'adresse <http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL320060/newsletterpubs/London_draft_2000.doc> (dernière consultation le 18 mars 2013).
[9] Cette Note est annexée au présent rapport (annexe II).

5 L'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale comporte un article 6 proposant des règles de compétence internationale applicables en matière contractuelle lorsque le contrat est passé entre professionnels. Ce texte dispose:

> «*Article 6 Contrats*
>
> Le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel:
>
> *a)* en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie;
>
> *b)* en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie;
>
> *c)* en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.»

6 Comme il a été expliqué par le Rapporteur, en introduction, ce texte doit être compris comme une compétence par défaut, c'est-à-dire pour tous les contrats dans lesquels les parties n'auront pas pris la précaution d'insérer une clause d'élection de for valable au sens de la Convention. En effet, l'avant-projet de Convention comporte une disposition sur la validité des clauses d'élection de for en son article 4[10]. Notons que les experts réunis à Ottawa n'ont pas jugé utile de discuter de cette disposition dans la mesure où elle semble donner satisfaction pour les besoins du commerce électronique, c'est-à-dire pour toute clause ayant été insérée dans un contrat conclu sous forme électronique. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est parvenue la Table ronde de Genève[11].

7 Les travaux d'Ottawa ont montré que trois questions essentielles se posent. La première distinction à effectuer concerne d'une part les contrats conclus par voie électronique mais exécutés hors ligne (A ci-dessous) et, d'autre part, les contrats conclus par voie électronique et exécutés de la même manière (B ci-dessous). La deuxième question concerne l'identification des parties au contrat ainsi que leur localisation (C ci-dessous). Enfin, la troisième question concerne la distinction traditionnelle entre produits et services. Cette question ayant été soulevée au cours de la discussion portant sur les contrats conclus et exécutés en ligne, elle sera traitée ici dans le même développement.

[10] Ce texte se lit de la manière suivante:
«*Article 4 Élection de for*
1 Si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou ces tribunaux sont seuls compétents à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Si une convention désigne à titre exclusif un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.
2 Une telle convention au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue ou confirmée:
a) par écrit;
b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement;
c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties;
d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.
3 Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 7, 8 et 12.»
[11] Cf. annexe II ci-dessous, travaux de la Commission III.

Electronic Commerce and International Jurisdiction Summary of Discussions of the Meeting in Ottawa – 28 February to 1 March 2000

PREPARED BY CATHERINE KESSEDJIAN
WITH THE CO-OPERATION OF THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW TEAM OF THE MINISTRY OF JUSTICE OF CANADA

Preliminary Document No 12 of August 2000

INTRODUCTION

1 At the invitation of the Government of Canada, and in accordance with the decision of the Special Commission of 30 October 1999, the Hague Conference on Private International Law organised an expert meeting in Ottawa from 28 February to 1 March 2000, to examine the issues raised by electronic commerce in relation to the international jurisdiction of the courts. The proceedings were chaired by Mr Jacques Gauthier, Legal Adviser to the Government of Canada.[1]

2 After a welcome speech by Mr Morris Rosenberg, deputy Minister of Justice and deputy Attorney General of Canada, the experts heard a number of introductory presentations on the state of progress of the draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters;[2] recent developments in the field of electronic commerce;[3] recent developments in international organisations dealing with electronic commerce;[4] and recent developments in some of the Member States of the Hague Conference.[5]

3 Dean Henry Perrit[6] also presented the project by the American Bar Association (ABA) discussing a range of legal issues associated with jurisdiction[7] in relation to the needs of electronic commerce.[8]

4 In addition, as this was a meeting held following the Round Table organised by the Hague Conference on Private International Law in co-operation with the University of Geneva, in September 1999, the experts had at their disposal a Note containing a summary overview of the main conclusions reached by the various working groups at the Round Table.[9]

SECTION 1 – BUSINESS TO BUSINESS CONTRACTS

5 The preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters contains, in Article 6, proposed rules of international jurisdiction applicable in matters of business to business contracts. The text runs as follows:

> "*Article 6 Contracts*
>
> A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –
>
> *a)* in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;
>
> *b)* in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;
>
> *c)* in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part."

6 As explained by the Rapporteur in the introduction, this should be read in the sense of jurisdiction by default, *i.e.*, jurisdiction for all contracts in which the parties have not taken the precaution of including a choice of court clause which would be valid for the purposes of the Convention. The preliminary draft Convention, in Article 4, contains a provision on the validity of choice of court clauses.[10] We note that the experts, at their meeting in Ottawa, did not think it necessary to discuss this provision, since it seems to be satisfactory for the purposes of electronic commerce, *i.e.*, for any clause appearing in a contract which has been concluded electronically. This, at any rate, was the conclusion reached by the Geneva Round Table.[11]

7 The Ottawa proceedings showed that three fundamental issues arise. The first is the distinction to be made, on the one hand, between contracts which are concluded electronically but performed offline (A below), and on the other hand, contracts which are both concluded and performed electronically (B below). The second issue is the identification and location of the parties to the contract (C below). Finally, the third issue is the distinction traditionally made between products and services. As this question was raised during the discussion about contracts which are concluded and performed online, it will be discussed here in that context.

[1] The list of experts who took part in the meeting is annexed to this report (Annex I).
[2] This introduction was given by Peter Nygh and Fausto Pocar, co-Rapporteurs for the draft.
[3] Presentation by Mark Pearl, representing WITSA (World Information Technology and Services Alliance) and David Fares, representing USCIB (United States Council on International Business).
[4] There was a brief presentation covering UNCITRAL, WIPO, the European Union and the National Law Centre for Inter-American Free Trade.
[5] Australia, Austria, Canada, China, Ireland, Japan, Morocco, United States of America.
[6] Institute of Technology, Chicago-Kent, College of Law.
[7] In the ABA project, this term stands for both adjudicatory jurisdiction and applicable law.
[8] The "Jurisdiction in Cyberspace Project": since the Ottawa meeting, the project has culminated in the public presentation of a report in New York and London in July 2000. See below section 5 and Annex V, which contained an extract from the draft report entitled "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet". Annex V has not been reproduced in this tome, see the website of the ABA (<www.abanet.org>), at <http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL320060/newsletterpubs/London_draft_2000.doc> (last consulted 18 March 2013).
[9] The Note is annexed to this report (Annex II).

[10] This text reads as follows:
"*Article 4 Choice of court*
1 If the parties have agreed that a court or courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.
2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shal l be valid as to form, if it was entered into or confirmed –
a) in writing;
b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;
c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;
d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by the parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.
3 Agreements conferring jurisdiction and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12."
[11] See Annex II below, report of Commission III.

A *Contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne*

8 Sans préjuger d'une éventuelle nouvelle rédaction de l'article 6 qui pourrait être adoptée pour les contrats hors du domaine électronique, les experts réunis à Ottawa semblent avoir admis que la même rédaction de l'article 6 pourrait donner satisfaction lorsque les contrats en cause sont conclus sous forme électronique, mais exécutés hors ligne[12]. Pour ceux-ci, en effet, il semble admis qu'aucune disposition particulière n'est nécessaire. En revanche, pour les contrats conclus et exécutés en ligne, une majorité d'experts semble avoir conclu qu'une disposition complémentaire pourrait être nécessaire[13].

B *Contrats conclus et exécutés en ligne*

9 Pour ces contrats, il a d'abord été précisé au cours des discussions que la distinction traditionnelle entre produits et services ne correspond à aucune réalité pour les transactions électroniques. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles l'article 6 n'est pas adapté pour ce type de transactions. En effet, quelle que soit l'approche admise, tous les intervenants étaient d'accord pour dire que ce qui s'échange électroniquement constitue avant tout des informations et l'on pourrait admettre, comme le fait d'ailleurs la directive européenne en matière de commerce électronique, que ces informations doivent être assimilées à des services. Il n'est d'ailleurs pas certain que pour les besoins de la Convention, cette qualification soit nécessaire. En effet, certains experts ont précisé que pour les besoins de la compétence, la nature même de ce qui est échangé par les parties au contrat importe peu, à condition qu'il soit clairement indiqué que l'article 6 actuel ne s'applique pas au contrat exécuté en ligne.

10 Comme l'ont rappelé certains experts, il conviendrait, dans cette perspective, d'être particulièrement vigilant sur la coordination du présent article 6 avec l'éventuelle disposition complémentaire pour les contrats exécutés en ligne.

11 Pour ce qui est du contenu de l'éventuelle règle supplémentaire, la réunion n'a pas permis de conclure de manière ferme. Notons toutefois que toutes les propositions étaient fondées sur un concept de présomption simple de localisation du lieu d'exécution ou, plus précisément, du lieu de livraison de l'information. À cet égard, il a été suggéré de s'inspirer de l'article 15.4 de la loi modèle CNUDCI de 1996.

C *Identification et localisation des parties*

12 La deuxième question qui se pose concerne l'identification et la localisation des parties. La Table ronde de Genève avait favorisé une analyse centrée sur la notion de présomption. Les discussions d'Ottawa ont montré que cette direction pouvait être approfondie de la manière suivante :

(1) On devrait utiliser au maximum l'autonomie de la volonté, si bien que le fonctionnement de la règle à créer pourrait être fondé sur les déclarations des parties au contrat ;

(2) Si le fournisseur de services[14] souhaite savoir à l'avance et avec certitude quel tribunal peut être compétent pour régler les litiges qu'il pourrait avoir avec son cocontractant, il lui appartient de demander à ce dernier les renseignements nécessaires sur sa localisation et son identification afin de permettre l'utilisation de la disposition conventionnelle ;

(3) Le cocontractant est alors lié par les informations qu'il donne concernant son identification et sa localisation dans le sens que c'est par rapport à ces informations que la règle de compétence sera appliquée ;

(4) En cas de difficulté (fausse information, erreur ou absence d'information) la disposition conventionnelle ne pourrait plus s'appliquer. Il resterait alors à déterminer comment les autres dispositions de la Convention (notamment l'art. 3, ou l'art. 9) pourraient s'appliquer.

13 Les discussions ont cependant mis en évidence l'inconvénient qui découle d'un système qui repose avant tout sur les déclarations des parties et les abus potentiels auxquels il peut donner lieu. On peut en effet imaginer que l'une des parties au contrat choisisse de déclarer être située sur le territoire d'un État donné uniquement dans le but de donner compétence à ses tribunaux en raison d'éléments complètement étrangers au contrat lui-même tels, par exemple, que les méthodes de fonctionnement de ces tribunaux, les règles de procédure qu'ils appliquent ou encore les règles de preuve ou de conflit de lois dont ces juridictions font usage. Ce danger n'est certes pas complètement absent du système proposé au cours de la réunion et qui a semblé recueillir une assez grande approbation. Il appartient au cocontractant d'être vigilant et, au besoin, de vérifier que les informations données par son cocontractant correspondent à une certaine réalité. De surcroît, il a été rappelé que l'article 22 permet au juge de ne pas exercer la compétence dont il bénéficie au titre de l'article 6. Certains experts ont donc suggéré que ce texte pourrait trouver application s'il est révélé que le cocontractant a fait des déclarations non conformes à la réalité, dans le seul but de conférer la compétence aux tribunaux d'un État donné.

SECTION 2 – CONTRATS ENTRE UN PROFESSIONNEL ET UN CONSOMMATEUR

14 Comme l'a indiqué le Rapporteur, en introduction aux travaux consacrés à l'article 7 de l'avant-projet de Convention, ce texte a été rédigé sans avoir pris en considération les questions liées au commerce électronique. Le Rapporteur a appelé l'attention des experts sur le fait que l'article 7, dans sa rédaction actuelle, exige, pour que le consommateur puisse agir devant les tribunaux de sa résidence habituelle, des conditions cumulatives inscrites aux lettres *a)* et *b)*, à savoir :

(a) la conclusion du contrat de consommation est liée aux activités du professionnel dans l'État de la résidence du consommateur ou dirigées vers cet État en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité ;

(b) le consommateur a accompli des démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans l'État de sa résidence.

15 Or, comme l'a souligné le Rapporteur, selon que la visualisation d'un site Internet est considérée ou non comme une publicité faite par le professionnel, la première condition pourrait être toujours remplie et elle ne semblerait plus être pertinente pour les besoins du commerce électronique. Quant

[12] C'est la même conclusion à laquelle était parvenue la Table ronde de Genève, cf. annexe II ci-dessous, travaux de la Commission I.

[13] Toutefois, un expert au moins a rappelé les raisons pour lesquelles une compétence contractuelle spécifique est généralement considérée comme nécessaire en plus de la compétence générale du for du défendeur et celle du for élu. Cette compétence est présumée remplir le mieux l'objectif de bonne administration de la justice car elle désigne normalement le for de la situation des biens (contrat de vente notamment) rendant plus aisées l'administration de la preuve et l'éventuelle exécution de la décision à intervenir. Mais cet expert tirait alors la conclusion qu'aucune disposition complémentaire n'était nécessaire pour les contrats exécutés en ligne, l'art. 6 devant être limité aux seuls contrats exécutés physiquement, hors ligne.

[14] Pour les besoins de la discussion dans la présente Note, on utilisera le terme « services » pour faciliter la rédaction, sans forcément attacher à ce mot des conséquences juridiques autres que celles nécessaires pour la compétence juridictionnelle internationale telles que discutées dans le texte.

A *Contracts concluded online and performed offline*

8 Without prejudice to any new wording which may be adopted for Article 6 in relation to contracts without an electronic dimension, the experts at Ottawa seem to have agreed that the same wording of Article 6 can also be used when the contracts in question are concluded electronically, but performed offline.[12] In that case, it seems to be agreed that no special provision is necessary. However, for contracts which are concluded and performed online, a majority of the experts seem to have agreed that a supplementary clause may be needed.[13]

B *Contracts concluded and performed online*

9 Where these contracts are concerned, it was first explained during the discussions that the traditional distinction between products and services is not realistic for electronic transactions. This is also one of the reasons why Article 6 is not suitable for transactions of this kind. Whatever approach is followed, all the participants agreed that the subject matter of the electronic exchange is primarily information, and it may be said, as does the European directive on electronic commerce, that this information has to be treated as equivalent to services. But it is not certain that such a qualification is needed for the purposes of the Convention. Some experts have explained that for the purposes of jurisdiction, the actual nature of what is exchanged by the parties to the contract is unimportant, provided it is made clear that the present Article 6 does not apply to a contract performed online.

10 As some experts have pointed out, from this point of view special care is required in co-ordinating the existing Article 6 with any future supplementary clause for contracts performed online.

11 No firm conclusion was reached at the meeting as to the content of any future supplementary rule. We note, however, that all the proposals made were based on the idea that a rebuttable presumption would suffice for the place of performance or, more precisely, the place of delivery of the information. In this regard, it was suggested that the drafting could be based on Article 15.4 of the 1996 UNCITRAL Model Law.

C *Identification and location of the parties*

12 The second question which arises has to do with the identification and location of the parties. The Geneva Round Table favoured an approach focusing on the concept of presumption. The Ottawa discussions showed that this line of approach could be fleshed out as follows:

(1) Maximum use should be made of freedom of contract (party autonomy): the operation of the future rule could be based on statements made by the parties to the contract;

(2) If a provider of services[14] wants to know for certain in advance which court may have jurisdiction to settle any disputes he may have with his co-contractor, he will have to ask him for details of his location and identity in order to be able to rely on the provision in the Convention;

(3) The co-contractor will then be bound by the information he supplies concerning his identity and location, in the sense that the jurisdictional rule will apply in respect of this information;

(4) In case of difficulty (false information, error or lack of information) the provision in the Convention will no longer apply. It then has to be decided how to apply the other provisions of the Convention (especially Art. 3 or Art. 9).

13 However, the discussions made plain the disadvantage of having a system which is based mainly on statements made by the parties, and the potential abuses which may flow from it. It is quite conceivable that one of the parties to the contract may declare that he or she is situated on the territory of a given State, solely in order to confer jurisdiction on the courts of that State for reasons entirely disconnected from the contract itself: for example, the way in which those courts operate, the rules of procedure they follow or the rules of evidence or conflict of laws used in them. Of course, this danger is not entirely absent from the system proposed during the meeting, which seemed to enjoy fairly broad support. The co-contractor must be vigilant and check, if necessary, that the information supplied by the other side matches the true situation. It has also been pointed out that under Article 22, the court may refrain from exercising its jurisdiction under Article 6. Some experts have therefore suggested that this proviso could come into operation if it is found that the co-contractor has made statements which do not correspond to the facts, solely in order to confer jurisdiction on the courts of a particular State.

SECTION 2 – CONSUMER CONTRACTS

14 As the Rapporteur explained in introducing that part of the discussion dealing with Article 7 of the preliminary draft Convention, this text was prepared without taking account of the issues relating to electronic commerce. The Rapporteur drew the attention of the experts to the fact that in its present wording, Article 7 requires all the conditions in its subparagraphs *a)* and *b)* to be fulfilled in order for the consumer to take proceedings in the courts of his habitual residence. Those conditions are:

(a) the conclusion of the consumer contract must be linked to the activities of the business in the State of the consumer's residence, or directed at that State in particular by soliciting business through means of publicity;

(b) the consumer must have taken the necessary steps to conclude the contract in his State of residence.

15 As the Rapporteur pointed out, whether or not placing material on an Internet site is regarded as advertising by the business, the first condition will always be met, and does not seem to have any further relevance for the purposes of electronic commerce. As for the second condition, present-day

[12] The Geneva Round Table reached the same conclusion; see Annex II below, report of Commission I.

[13] However, at least one expert recalled the reasons why a specific form of contractual jurisdiction is generally regarded as necessary, in addition to the general jurisdiction of the defendant's forum and that of the chosen forum. This specific jurisdiction is thought to be the best means of preserving a proper administration of justice, since it will normally designate the courts of the place where the goods are located (especially in contracts of sale), making it easier to furnish proof and to enforce the decisions of a court. But this expert then drew the conclusion that no supplementary clause was necessary for contracts performed online, as Art. 6 was to be restricted to contracts performed physically, *i.e.*, offline.

[14] For the purposes of this Note, the word "services" is a term of convenience; it has no legal implications except in connection with international jurisdiction as discussed in the text.

à la seconde condition, les moyens actuels de télécommunication permettent au consommateur de conclure le contrat dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle sans que cette occurrence ait une véritable implication pour les questions de compétence juridictionnelle.

16 Le paragraphe 2 de l'article 7 pose la question du rapport de force entre les parties au contrat et ce d'autant plus que dans un monde électronique, le professionnel peut éventuellement être une très petite entreprise. Toutefois, la question a été posée de savoir si, dans un monde électronique, le consommateur pouvait vraiment se retrouver défendeur à une action ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 7. Ce texte pourrait ne pas avoir d'application dans le cyberespace.

17 Quant au paragraphe 3, il adopte clairement une position conservatrice par rapport aux clauses d'élection de for dans ce type de contrats. Le Rapporteur a souligné que lors des discussions au cours des travaux de la Commission spéciale, il avait été suggéré que le consommateur, pleinement informé de ses droits, pourrait éventuellement renoncer à la protection ouverte par l'article 7 et accepter une clause d'élection de for. La question se pose de savoir si une telle évolution est acceptable et quelles seraient les conditions entourant cette évolution.

18 Le débat qui a suivi a montré clairement les intérêts en présence: les États veulent encourager le commerce électronique et, notamment, son volet lié au commerce avec les consommateurs. Les entreprises qui proposent des services et des biens par l'intermédiaire de l'Internet peuvent être de toutes petites entreprises qu'il convient également d'encourager. D'un autre côté, il est clair que l'Internet ne prendra son essor, dans le cadre du commerce avec les consommateurs, que si ces derniers ont confiance. Or, l'un des points essentiels pour le consommateur est de savoir que, si un problème survient dans sa relation avec le professionnel, il peut recevoir réparation rapidement et à moindre coût.

19 Il a été souligné que dans le cadre de la révision de la Convention de Bruxelles (la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*), le Parlement européen a souligné qu'aucun changement aux règles de protection du consommateur ne devait intervenir si ce n'est dans le cadre de modes alternatifs de règlement des différends et, notamment, des modes alternatifs en ligne.

20 Une autre idée a également été proposée: celle consistant à intégrer dans la règle de conflit de juridiction la notion de « cible » (*target*). Si l'entreprise a ciblé particulièrement les consommateurs d'un pays ou d'un autre, il serait alors cohérent d'admettre la compétence des tribunaux de ce pays pour les consommateurs résidant sur son territoire. En revanche, si le professionnel utilise un site non sophistiqué, c'est-à-dire ne permettant pas de cibler certains consommateurs, aucune conclusion particulière ne pourrait en être tirée du point de vue de la compétence juridictionnelle. Toutefois, cette évolution a été critiquée par un certain nombre d'experts et, pour le moment, ne fait pas encore l'unanimité[15].

21 Presque tous les intervenants au Groupe de travail ont souligné l'importance des modes alternatifs de règlement des différends, mais les discussions n'ont pas permis de trouver un consensus sur la place qu'il convient de leur accorder. Toutefois, il convient de noter que le projet de Convention de La Haye n'est probablement pas l'instrument adéquat pour prévoir des dispositions précises à l'égard de ces modes de règlement des différends. En revanche, le consensus a été facilement obtenu sur le fait que la Convention ne devait pas être interprétée comme faisant obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends qui sont appelés à se développer en marge de la Convention. Les règles de compétence juridictionnelle insérées dans la Convention doivent être comprises comme des règles de dernier recours (*last resort or default rules*).

22 En ce concerne la validité des clauses d'élection de for, a été réitérée la solution proposée par la Table ronde de Genève[16] selon laquelle les clauses d'élection de for seraient valables si l'État de la résidence habituelle du consommateur admet leur validité. Plusieurs intervenants ont admis que cette solution pourrait permettre de trouver un consensus.

23 En tout état de cause, et même si la règle de compétence juridictionnelle par défaut devait être maintenue à la résidence habituelle du consommateur, il ressort clairement des débats que s'appliquerait le même principe que celui discuté pour les relations entre professionnels concernant l'identification et la localisation des parties au contrat. Il conviendrait alors que le consommateur identifie le lieu de sa résidence habituelle pour que la règle de compétence juridictionnelle puisse fonctionner.

SECTION 3 – DÉLITS

24 Le Rapporteur a présenté brièvement l'article 10 de l'avant-projet de Convention et souligné son classicisme. Deux aspects importants sont soulignés. La compétence au lieu des effets de l'acte (lieu du dommage) est fondée tant qu'il n'est pas démontré que l'auteur de l'acte n'a pas pu prévoir, de manière raisonnable, un tel effet ou un effet de même nature. Par ailleurs, les tribunaux du lieu du dommage reçoivent une compétence pour statuer sur l'ensemble du dommage mondial de la partie lésée à condition que celle-ci soit résidente habituelle de l'État dans lequel se trouve le tribunal saisi. Dans tous les autres cas, la compétence des tribunaux du lieu du dommage est limitée au dommage subi sur ce territoire.

25 Plusieurs experts ont souligné que dans le cybermonde, la preuve prévue à l'article 10(1) *b)* ne pourra jamais être rapportée. En effet, les sites Internet fonctionnent un peu comme des journaux distribués partout dans le monde. Celui qui télécharge une information diffamatoire sur un site peut prévoir, raisonnablement, qu'elle peut être lue partout dans le monde. Seul le nombre de « copies » distribuées (pour continuer avec l'analogie de la presse) est inconnu. De plus, il a également été exposé que le lieu prévu à l'article 10(1) *a)* est très difficile, voire impossible, à localiser avec Internet.

26 Il ressort donc des discussions du Groupe du travail que les délits commis par le truchement d'Internet rendent nécessaire un for alternatif au for du défendeur mais ayant également une compétence générale au sens de cette expression dans la présente section. En effet, il a été souligné encore une fois que le monde électronique entraîne la particularité de rendre plus difficile la localisation des parties et, notamment, du défendeur. Il convient donc de ne pas s'en tenir à ce seul for. La règle de l'article 10(4) de l'avant-projet a donc été saluée comme particulièrement importante.

27 Il a également été discuté de la responsabilité des fournisseurs d'accès et des serveurs. Toutefois, cette question a essentiellement trait aux problèmes de droit matériel de la responsabilité sans véritablement mettre en cause la règle de compétence juridictionnelle.

[15] Le rapport rendu public par le groupe de travail de l'*American Bar Association* en juillet 2000 (annexe V, qui n'est pas reproduite dans ce tome) discute de cette évolution et en montre les limites.

[16] Voir C. Kessedjian, « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », Doc. prél. No 7 d'avril 2000 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

means of telecommunication enable a consumer to conclude the contract in a place other than his habitual residence, but this does not carry any special implications for the purpose of deciding which courts have jurisdiction.

16 Paragraph 2 of Article 7 raises the question of the relative strength of the parties to the contract, because in an electronic world especially, the business may well be a very small one. It has however been asked whether, in an electronic world, a consumer is really likely to find himself defending an action in the manner contemplated in paragraph 2 of Article 7. This text may not be applicable in cyberspace.

17 As for paragraph 3, it takes an obviously conservative approach to choice of court clauses in contracts of this kind. The Rapporteur pointed out that during the discussions in the Special Commission, it was suggested that a consumer who is fully informed of his rights could decide to forgo the protection available under Article 7 and opt instead for a choice of court clause. The question arises whether this would be acceptable, and in what circumstances it might occur.

18 The debate which followed made clear the interests at stake: States want to encourage electronic commerce, especially in the area of consumer contracts. Enterprises which offer goods and services via the Internet may be quite small businesses, which should also be encouraged. From another point of view, it is clear that the Internet will only take off, in the context of trade with consumers, if consumers themselves have confidence in it. And one of the essential points for the consumer is to be sure that if a problem arises in his relationship with the business, he can obtain redress both rapidly and cost-effectively.

19 It has been pointed out that in the context of the revision of the Brussels Convention (the *Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*), the European Parliament was emphatic that there must be no change in the rules of consumer protection except for the purpose of providing alternative methods of dispute resolution, including alternative online methods.

20 Another idea has also been put forward: to include in the rule of conflicts of jurisdiction the concept of a "target". If the enterprise has specifically targeted consumers in a particular country, it would be consistent to decide that the courts of that country have jurisdiction for consumers residing on its territory. On the other hand, if the business uses an unsophisticated site, *i.e.*, one which does not make it possible to target certain consumers, the result will be that no particular conclusion can be drawn as regards jurisdiction. However, this development has been criticised by some experts, and is not unanimously endorsed as yet.[15]

21 Almost all those who spoke at the Working Group emphasised the importance of alternative methods of dispute resolution, but no consensus view emerged on the place to be assigned to them. However, it should be noted that the draft Hague Convention is probably not the appropriate instrument for stipulating precise rules for these methods. On the other hand, consensus was readily achieved on the point that the Convention was not to be interpreted as a barrier to the use of alternative methods of dispute resolution which may develop alongside it. The jurisdictional rules included in the Convention should be understood as last resort or default rules.

22 As regards the validity of choice of court clauses, the Working Group picked up the solution proposed by the Geneva Round Table,[16] whereby choice of court clauses would be valid if the State of the consumer's habitual residence accepted them as valid. Several speakers agreed that this solution might be a means of achieving consensus.

23 In any event, even if the rule of default jurisdiction is kept for the consumer's habitual residence, it is clear from the discussion that the same principle as the one discussed for relationships among business would apply to the identification and location of the parties to the contract. The consumer would be required to identify his habitual residence in order to bring the jurisdictional rule into play.

SECTION 3 – TORTS

24 The Rapporteur briefly introduced Article 10 of the preliminary draft Convention and emphasised its traditional character. Two significant aspects were mentioned. The courts of the place where the act takes effect (the place where the injury occurs) will have jurisdiction unless it can be shown that the perpetrator could not reasonably foresee that or a similar consequence. The courts of the place where the injury occurs will also be competent to rule on all the injury suffered anywhere in the world by an injured party, provided that party is a habitual resident of the State in which the court seised is situated. In all other cases, the jurisdiction of the courts of the place where the injury occurs is limited to injury suffered on their territory.

25 Several experts pointed out that in the cyber-world, the proof required in Article 10(1) *b)* can never be adduced. Internet sites, it is true, operate somewhat like newspapers which are distributed worldwide. A person who uploads defamatory information onto a site can reasonably foresee that it may be read anywhere in the world. The only unknown factor is the number of "copies" distributed (to pursue the analogy of the printed press). Moreover, it has also been shown that the place specified in Article 10(1) *a)* is very difficult, if not impossible, to identify with the Internet.

26 Thus it emerges from the discussions of the Working Group that offences committed through the Internet make it necessary to have an alternative forum to the defendant's forum, but one which also has general jurisdiction, within the meaning this expression bears in this section. Again, it was pointed out that the electronic world has the peculiarity that identifying the location of the parties, especially the defendant, becomes more difficult. For that reason, this should not be the only forum. The rule in Article 10(4) of the preliminary draft was therefore welcomed as particularly important.

27 There was also discussion of the liability of providers of access and servers. However, this has mainly to do with issues of the substantive law on liability, and does not actually bring into question the rule concerning jurisdiction.

[15] The report published by the Working Group of the American Bar Association in July 2000 (Annex V, which has not been reproduced in this tome) discusses this development and its limitations.

[16] See C. Kessedjian, "Electronic data interchange, Internet and electronic commerce", Prel. Doc. No 7 of April 2000 for the attention of the Special Commission of May 2000 on General Affairs and the Policy of the Conference (available at <www.hcch.net>).

28 Enfin, plusieurs interrogations ont été émises et discutées concernant notamment l'adéquation de l'article 10(1) *b)* aux exigences constitutionnelles de certains pays, question beaucoup plus large que celle du commerce électronique. De la même manière, un temps assez long a été accordé à l'article 10(2) dont il a été reconnu, cependant, que les difficultés posées par ce texte ne concernaient pas particulièrement les activités électroniques.

SECTION 4 – COMPÉTENCE FONDÉE SUR LA SUCCURSALE ET AUTRES ACTIVITÉS COMMERCIALES HABITUELLES

29 En présentant brièvement ce texte, le Rapporteur a posé les trois questions suivantes qui ont ensuite été débattues par les experts :

(1) Un site Internet peut-il être considéré comme une succursale ?

(2) La réponse à la question précédente dépend-elle du niveau d'interactivité du site ?

(3) Quel est le niveau d'interactivité qu'un site doit révéler ou quel est le niveau de ciblage qu'il doit comprendre pour que cela soit considéré comme « une activité commerciale habituelle » au sens de l'article 9 ?

30 Sur les deux premières questions, la discussion a nettement montré un consensus pour dire qu'un site Internet ne peut pas constituer, à lui seul, une succursale ou un établissement. Ceci est d'ailleurs confirmé par les travaux plus spécifiquement centrés sur le droit matériel du commerce électronique, notamment la Directive européenne sur le commerce électronique[17].

31 En revanche, sur la troisième question, les discussions ont montré toute la difficulté pour déterminer dans quels cas un site Internet pourrait constituer une activité commerciale habituelle. Plusieurs experts ont fondé leur analyse sur le degré d'interactivité du site (ciblage d'une certaine clientèle, d'un certain pays ou, au contraire, mention sur le site que les produits ou les services ne sont pas destinés à certains pays).

32 À la fin de la discussion, il a été indiqué qu'il serait vraisemblablement intéressant d'étudier plus à fond la possibilité d'exclure au sein de la liste de l'article 18(2) de l'avant-projet de Convention les sites Internet comme seule base de compétence. Cette idée, bien que relevée avec satisfaction par plusieurs experts, n'a pas pu être approfondie faute de temps. En revanche, un expert a émis une interrogation concernant l'éventuelle exclusion, dans l'article 18, d'une base de compétence fondée seulement sur l'accessibilité d'un site. Notamment, il devrait être vérifié si une telle interdiction ne viendrait pas contredire l'analyse qui a été faite pour l'article 10.

SECTION 5 – DÉVELOPPEMENTS DEPUIS LA RÉUNION D'OTTAWA

A *Réunion sur les modes alternatifs de règlement des différends à Bruxelles, mars 2000*

33 À l'initiative de la Commission européenne, s'est tenue à Bruxelles le 21 mars 2000, une réunion consacrée aux modes alternatifs de règlement des différends en ligne pour résoudre, notamment, les litiges entre consommateurs et professionnels.

34 Le rapport complet de l'étude et de la réunion comporte 37 pages et ne peut donc être reproduit ici. Toutefois, est reproduit en annexe au présent rapport, le résumé des objectifs, des discussions et des conclusions de la réunion de mars[18].

B *Réunion organisée par la* Federal Trade Commission *et le* Department of Commerce, *Washington, juin 2000*

35 Cette réunion avait pour but de faire le point sur les intérêts en présence dans le commerce électronique lorsque la transaction est conclue entre un professionnel et un consommateur. De très nombreux prestataires de services d'ADR étaient présents à cette réunion. Ont été discutées les pistes d'avenir à explorer pour donner confiance aux consommateurs et l'intégration de ces modes alternatifs dans un système complet de règlement des différends, notamment par rapport aux recours aux tribunaux[19].

36 À l'occasion de cette réunion, a été rendu public un document préparé par un groupe d'entreprises parmi les plus actives dans le domaine et contenant des lignes directrices pour le règlement des différends avec les consommateurs[20].

C *Rapport du projet cyberespace de l'ABA*

37 Le Groupe de travail cyberespace créé en 1998 par l'*American Bar Association* a rendu public son rapport intitulé « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace : A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet ».

38 Le Groupe de travail était composé de sous-groupes respectivement consacrés à (1) la publicité et la protection des consommateurs, (2) la protection des données à caractère personnel, (3) la propriété intellectuelle, (4) les systèmes de paiement et les opérations bancaires, (5) les questions de droit public et notamment la réglementation des jeux, (6) la vente de biens, (7) la vente de services avec pour exemple la télémédecine, (8) les papiers valeurs, (9) la fiscalité.

39 Le rapport comprend 184 pages et ne peut donc *in extenso* être reproduit ici[21].

D *Réunion conjointe OCDE-CCI*

40 Le programme de la réunion « Building Trust in the Online Environment : Business-to-Consumer Dispute Resolution », conférence organisée conjointement par l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), la Conférence de La Haye de droit international privé et la Chambre de Commerce Internationale (CCI), La Haye, 11 et 12 décembre 2000, figurait à l'annexe VI au présent rapport[22].

[17] *JOCE*, série L, No 128 du 8 mai 2000, p. 32.

[18] L'annexe 3 au rapport complet intitulé « Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce – Report of an exploratory study », p. 30 à 34, disponible en anglais uniquement, figurait à l'annexe III au présent rapport (qui n'est pas reproduite dans ce tome) ; disponible à l'adresse <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/111111111/3313/1/EUR%2019644%20EN.pdf> (dernière consultation le 18 mars 2013).

[19] Des informations sur cette réunion peuvent être consultées sur le site Internet de la *Federal Trade Commission* (<www.ftc.gov>), à l'adresse <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/> (dernière consultation le 18 mars 2013).

[20] Les « Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions and Commentary », établies par l'*Electronic Commerce and Consumer Protection Group*, disponibles en anglais uniquement, figuraient à l'annexe IV au présent rapport (qui n'est pas reproduite dans ce tome).

[21] Ce rapport est disponible sur le site Internet de l'*American Bar Association* (<www.abanet.org>), à l'adresse <http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL320060/newsletterpubs/London_draft_2000.doc> (dernière consultation le 18 mars 2013).

[22] Qui n'est pas reproduite dans ce tome mais est disponible sur le site Internet de l'OCDE (<www.oecd.org>), à l'adresse <http://www.oecd.org/sti/consumer/buildingtrustintheonlinecenvironmentbusiness-to-consumerdisputeresolution.htm> (dernière consultation le 18 mars 2013).

Rapport commerce électronique

28 Finally, a number of questions were raised and discussed, mainly concerning Article 10(1) *b)* and how it matches up to the constitutional requirements of certain countries, a question which is much wider than electronic commerce alone. Likewise, much time was spent on Article 10(2). However, it was recognised that the difficulties posed by that Article were not particularly relevant to electronic activities.

SECTION 4 – BRANCH OFFICES AND OTHER REGULAR COMMERCIAL ACTIVITIES

29 In his brief introduction to this text, the Rapporteur raised the following three questions, which were then debated by the experts:

(1) Can an Internet site be regarded as a branch office?

(2) Does the reply to the foregoing question depend on the level of inter-activity of the site?

(3) What level of inter-activity must a site be shown to possess, or what level of targeting must it comprise for it to be regarded as a "regular commercial activity" within the meaning of Article 9?

30 On the first two questions, the discussion produced a clear consensus for saying that in itself, an Internet site cannot constitute a branch office or establishment. This is borne out by the instruments which deal specifically with the substantive law on electronic commerce, especially the European directive on the subject.[17]

31 On the third question, however, the discussion brought out the extent of the difficulty involved in deciding in which cases an Internet site could constitute a regular commercial activity. Several experts based their analysis on the degree of inter-activity of the site (the targeting of a certain clientele, in a certain country, or alternatively a statement on the site itself that the products or services are not intended for certain countries).

32 At the end of the discussion, it was said that it would probably be of interest to consider in greater depth the possibility of excluding Internet sites, as the sole ground of jurisdiction, from the list in Article 18(2) of the preliminary draft Convention. This idea was greeted with satisfaction by several of the experts, but could not be explored in detail for lack of time. On the other hand, one expert queried whether Article 18 should exclude a ground of jurisdiction based solely on the accessibility of a site. It would have to be verified whether a prohibition of that sort would run counter to the interpretation made of Article 10.

SECTION 5 – DEVELOPMENTS SINCE THE OTTAWA MEETING

A *Meeting on alternative methods of dispute resolution in Brussels, March 2000*

33 At the initiative of the European Commission, a meeting was held in Brussels on 21 March 2000 to deal with the alternative methods of resolving online disputes as between consumers and businesses.

34 The full report on the study and the meeting consists of 37 pages, and so cannot be reproduced here. However, the Annex to the present report contains a summary of the aims, debates and conclusions of the March meeting.[18]

B *Meeting organised by the Federal Trade Commission and the Department of Commerce, Washington, June 2000*

35 The aim of this meeting was to identify the interests involved in electronic commerce when the transaction is concluded between a business and a consumer. Many ADR service providers attended the meeting. The participants discussed which avenues should be explored in the future to give confidence to consumers, and the incorporation of these alternative methods into a complete dispute resolution system, specifically in relation to court proceedings.[19]

36 For this meeting a document was made public which had been drawn up by a group of enterprises which are among the most active in the field, containing guidelines for the settlement of disputes with consumers.[20]

C *Report on the ABA cyberspace project*

37 The Working Group on cyberspace, set up in 1998 by the American Bar Association, has published its report entitled "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet".

38 The Working Group consisted of sub-groups, dealing respectively with (1) advertising and consumer protection, (2) data protection, (3) intellectual property, (4) payment systems and banking, (5) public law / gaming, (6) sale of goods, (7) sale of services, taking tele-medicine as an example, (8) securities, (9) taxation.

39 The report comprises 184 pages and cannot therefore be reproduced *in extenso* here.[21]

D *Joint meeting between the OECD and the ICC*

40 The programme for "Building Trust in the Online Environment: Business-to-Consumer Dispute Resolution", Conference jointly organised by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the Hague Conference on Private International Law, and the International Chamber of Commerce (ICC), The Hague, 11-12 December 2000, appeared in Annex VI to the present report.[22]

[17] *Official Journal*, series L, No 128 of 8 May 2000, p. 32.

[18] Annex 3 to the full report entitled "Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce – Report of an exploratory study", pp. 30-34 inclusive, available in English only, appeared in Annex III to the present report (which has not been reproduced in this tome); available at <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/111111111/3313/1/EUR%2019644%20EN.pdf> (last consulted 18 March 2013).

[19] Information on this meeting can be consulted on the website of the Federal Trade Commission (<www.ftc.gov>), at <www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/> (last consulted 18 March 2013).

[20] The "Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions and Commentary", drawn up by the Electronic Commerce and Consumer Protection Group, available in English only, appeared in Annex IV to the present report (which has not been reproduced in this tome).

[21] This report is available on the website of the American Bar Association (<www.abanet.org>), at <http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL320060/newsletterpubs/London_draft_2000.doc> (last consulted 18 March 2013).

[22] Which has not been reproduced in this tome but is available on the website of the OECD (<www.oecd.org>), at <www.oecd.org/sti/consumer/buildingtrustintheonlineenvironmentbusiness-to-consumerdisputeresolution.htm> (last consulted 18 March 2013).

41 En guise de conclusion, il est important de noter qu'à aucun moment, lors des discussions du groupe de travail d'Ottawa, il n'a été suggéré que le commerce électronique devrait être exclu du projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers. Au contraire, de nombreux experts ont déclaré qu'il convenait de tout faire pour que la Convention soit adaptée aux besoins du commerce électronique. À cet égard, il a été rappelé, comme d'ailleurs au cours de toutes les réunions auxquelles il nous a été donné de participer depuis, que ce dont le commerce électronique a besoin, c'est de certitude et de prévisibilité.

41 In conclusion, it is important to note that at no time was it suggested, during the discussions in the Ottawa working group, that electronic commerce should be excluded from the draft Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments. On the contrary, many experts said everything possible should be done to adapt the Convention to the needs of electronic commerce. In this respect, the point was made, as it has been in all the meetings in which we have been able to participate since then, that what electronic commerce needs is certainty and predictability.

ANNEXE / ANNEX I

Liste des participants à la réunion d'experts sur le commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale (Ottawa, 28 février au 1er mars 2000)

List of participants at the meeting of experts on electronic commerce and international jurisdiction (Ottawa, 28 February to 1 March 2000)

EXPERTS DES ÉTATS MEMBRES REPRÉSENTÉS – EXPERTS OF THE MEMBER STATES REPRESENTED

Allemagne/Germany
Mr *Rolf Wagner*, *Ministerialrat*, Federal Ministry of Justice, Berlin
Ms *Andrea Schulz*, *Regierungsdirektorin*, Federal Ministry of Justice, Berlin

Australie/Australia
Mr *David M.J. Bennett*, Q.C., Solicitor-General of Australia, Sydney
The Honourable Mr Justice *Peter E. Nygh*, Visiting Professor, University of New South Wales, Kirribilli
Mr *John Mc Ginness*, Principal Legal Officer, Civil Law Division, Attorney General's Department, Barton
Mr *Timothy McEvoy*, Senior Associate, Freehill Hollingdale & Page, Melbourne

Autriche/Austria
Ms *Sabine Längle*, Judge, Federal Ministry of Justice, Vienna

Belgique/Belgium
M. *Jacques H.L. Matthys*, conseiller général, Ministère de la Justice, Bruxelles

Canada
Mr *Morris Rosenberg*, Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada, Ottawa
Ms *Kathryn Sabo*, Senior Counsel, Private International Law Team, Public Law Policy Section, Department of Justice, Ottawa
Ms *Gaylen A. Duncan*, President & CEO of ITAC, Mississauga
Ms *Angie Forte*, Policy Analyst, Electronic Commerce Task Force, Industry Canada, Ottawa
Mr *Jacques Gauthier*, General Counsel, Legal Services, Public Works & Government Services, Hull
Mr *Michael Jenkin*, Director General, Office of Consumer Affairs, Industry Canada, Ottawa
Ms *Catherine Peters*, Senior Economic Policy Advisor, Electronic Commerce Task Force, Industry Canada, Ottawa
Mrs *Joan E. Remsu*, Senior Counsel, Public Law Policy Section, Department of Justice, Ottawa
Mme *Frédérique Sabourin*, avocate, Direction des Affaires juridiques, Ministère de la Justice, Québec
Mr *Richard Simpson*, Director General, Electronic Commerce Task Force, Industry Canada, Ottawa
Mr *T. Bradbrooke Smith*, Q.C., Stikeman Elliott, Ottawa
Mr *David Waite*, Director, Consumer Information & Coordination, Industry Canada, Ottawa

Chine/China
Ms *Tian Ni*, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Y.K. Frank Poon*, Deputy Principal Government Counsel, International Law Division, Department of Justice, Hong Kong Special Administrative Region
Mr *Qian Xiao-Cheng*, Assistant Judge, Supreme People's Court, Beijing

République de Corée/Republic of Korea
Mr *Young-Hill Liew*, Judge, Korean Patent Court, Daejeon City

Croatie/Croatia
Mr *Krešimir Sajko*, Professor, Director of the Institute of International and Comparative Law, Zagreb

Danemark/Denmark
Mr *Peter Arnt Nielsen*, Associate Professor, Charlottenlund

Espagne/Spain
Mr *Joaquim-J. Forner Delaygua*, Professor of private international law, University of Barcelona

États-Unis d'Amérique/United States of America
Mr *Jeffrey D. Kovar*, Assistant Legal Adviser for Private International Law, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mr *Andrew J. Pincus*, General Counsel, Department of Commerce, Washington, DC
Mr *Mark Bohannon*, Chief Counsel for Technology, Counsellor to the Under Secretary for Technology, Department of Commerce, Washington, DC
Mr *Michael Donohue*, Federal Trade Commission, Washington, DC
Mr *Pedro Erviti*, Second Secretary for Economic Affairs, U.S. Embassy, Ottawa
Mr *Brian Hengesbaugh*, Special Counsel, Office of the General Counsel, Department of Commerce, Washington, DC
Ms *Jennifer Lucas*, Patent and Trademark Office, Washington, DC
Mr *Hugh Stevenson*, Federal Trade Commission, Washington, DC
Mr *Ronald A. Brand*, Professor of Law, University of Pittsburgh Law School, Pittsburgh, PA
Ms *Cindy Rose*, Vice President, Government Relations, The Walt Disney Company, Brussels, Belgium
Mr *Peter D. Trooboff*, Attorney-at-Law, Covington & Burling, Washington, DC

L'ex-République yougoslave de Macédoine/The Former Yugoslav Republic of Macedonia
Ms *Elena Andreevska*, Director, Directorate of International Law, Ministry of Foreign Affairs, Skopje

Finlande/Finland
Mr Justice *Gustaf Möller*, Supreme Court of Finland, Helsinki

France
M. *Olivier Tell*, magistrat à l'administration centrale du Ministère de la Justice, Service des Affaires européennes et internationales, Paris

Grèce/Greece
Mrs *Anastasia Grammaticaki-Alexiou*, Professor of private international law; Vice-President of the Greek Committee of Private International Law, Thessaloniki
M. *Nikolaos Bakas*, avocat, Athènes

Irlande/Ireland
Mr *Arthur Plunkett*, Barrister-at-Law; Member of the Law Reform Commission, Dublin
Ms *Lorraine Benson*, Principal Officer, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin

Italie/Italy
M. *Fausto Pocar*, professeur de droit international et de droit international privé à l'Université de Milan

Liste/List – Participants

Japon/Japan
Mr *Tadashi Kanzaki*, Professor at Gakushuin University
Mr *Ryozo Hayashi*, Director General for Machinery and Information Industries Policy, Machinery and Information Industries Bureau, MITI, Tokyo
Mr *Satoshi Nohara*, Deputy Director of Information Services Industry Division, Machinery and Information Industries Bureau, MITI, Tokyo

Maroc/Morocco
M. *Idriss Idrissi Bichr*, directeur des Affaires civile, Ministère de la Justice, Rabat

Pays-Bas/Netherlands
M. *A.V.M. (Teun) Struycken*, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue ; président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé
M. *Frans J.A. van der Velden*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye

Portugal
M. *Luís de Lima Pinheiro*, professeur de droit à la Faculté de droit de Lisbonne

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *Peter M. Beaton*, Head of Civil Justice and International Division, Courts Group, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh
Mr *Paul R. Beaumont*, Professor of European Union and Private International Law, University of Aberdeen
Mr *Charles Raikes*, Legal Director, Department of Trade and Industry, London
Mr *Chris Reed*, Professor of Electronic Commerce Law, Head of the Information Technology Law Unit, CCLS, Queen Mary and Westfield College, University of London

Suède/Sweden
Mr *Göran Lambertz*, Director General for Legal Affairs, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
M. *Alexander R. Markus*, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne

Turquie/Türkey
Ms *Bilgin Tiryakioğlu*, Vice-Dean, Associate Professor in Private International Law, University of Ankara
Ms *Ilknur Altuntaş*, Inspection Judge, General Directorate for International Law and Relations, Ministry of Justice, Ankara

OBSERVATEURS – OBSERVERS

ÉTAT NON MEMBRE REPRÉSENTÉ – NON-MEMBER STATE REPRESENTED

Nouvelle-Zélande/New Zealand
Mr *David J. Goddard*, Barrister; Consultant to the New Zealand Law Commission, Wellington

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international/United Nations Commission on International Trade Law
Mr *Renaud Sorieul*, Senior Legal Officer, Vienna, Austria

Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe/United Nations Economic Commission for Europe
Mr *David Marsh*, Legal Liaison *Rapporteur* and Vice-Chair of UN/CEFACT Legal Working Group, London, United Kingdom

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle/World Intellectual Property Organization
Ms *Shira Perlmutter*, Consultant, WIPO Office of Strategic Planning and Policy Development, Geneva, Switzerland
Mr *Li-Feng Schrock*, Consultant, WIPO Office of the Director General, Geneva, Switzerland

Commission européenne/European Commission
Mme *Anne-Marie Rouchaud*, administrateur principal, Task Force « Justice et Affaires intérieures », Bruxelles, Belgique
M. *Manuel Desantes*, Service juridique, Bruxelles, Belgique

Conseil de l'Union européenne/Council of the European Union
M. *Fernando R. Paulino Pereira*, administrateur principal à la Direction générale « H » (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général, Bruxelles, Belgique

Parlement européen/European Parliament
Mr *Harry Duintjer Tebbens*, Head of Division, Legal Service, Brussels
Mrs *Diana Wallis*, MEP, Brussels
Ms *Hilary Groos*, Brussels

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Chambre de Commerce Internationale/International Chamber of Commerce
Mr *Mike Pullen*, Senior Regulatory Counsel, Dibb Lupton Alsop, Brussels, Belgium
Ms *Joelle Freundlich*, Senior Legal Advisor, E-commerce & New Technologies, CEGETEL, Paris, France

Association internationale du Barreau/International Bar Association
Mr *Bayo Odutola*, Ottawa, Canada

Global Business Dialogue on Electronic Commerce
Ms *Joelle Freundlich*, Senior Legal Advisor, E-commerce & New Technologies, CEGETEL, Paris, France

Bureau Européen des Unions des Consommateurs et/and Consumers International
Mme *Ursula Pachl*, Legal Officer, Brussels, Belgium

Internet Law and Policy Forum
Ms *Ruth Day*, Executive Director, New York, NY, United States of America
Mr *Masanobu Katoh*, Chairman of the Board, Washington, DC, United States of America

Union internationale des avocats/International Association of Lawyers
M. *Benoît Emery*, avocat, Desjardins Ducharme Stein Monas, Montréal, Canada

International Federation of the Phonographic Industry
Ms *Maria Martin-Prat*, Director of Legal Policy, London, United Kingdom

EXPERTS *AD HOC*

Mr *Stewart Baker*, Steptoe & Johnson LLP, Washington, DC
Mr *David A. Fares*, Director, Electronic Commerce, U.S. Council for International Business, New York, NY
Ms *Jane Ginsburg*, Professor of Law at Columbia University, New York, NY
Ms *H. Hennig*, Illinois Institute of Technology, Chicago, IL
Mr *Marc A. Pearl*, General Counsel; Senior Vice-President, Government Affairs, World Information Technology and Services Alliance (WITSA), Arlington, VA
Mr *Henry H. Perritt, Jr.*, Dean, Vice President & Professor of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago, IL
Mr *Ronald L. Plesser*, Counsel to Electronic Commerce & Consumer Protection Group (ECCPG), Washington, DC
Ms *K. Reilly*, Illinois Institute of Technology, Chicago, IL
Ms *Mariana Silveira*, Coordinator of Electronic Commerce project, National Law Center for Inter-American Free Trade, Tucson, AZ
Ms *Margaret Stewart*, Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago, IL

SECRÉTARIAT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE – HAGUE CONFERENCE SECRETARIAT

M. *Hans Van Loon*, Secrétaire général / Secretary General
Mme *Catherine Kessedjian*, Secrétaire général adjoint / Deputy Secretary General
Mr *William Duncan*, Premier secrétaire / First Secretary

ANNEXE II

Note de préparation à l'attention des experts réunis à Ottawa (du 28 février au 1er mars 2000)

Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale

INTRODUCTION

La présente Note a pour objet de présenter les conclusions auxquelles sont parvenus les experts réunis à Genève, du 2 au 4 septembre 1999, au cours de la Table ronde sur les questions de droit international privé et de commerce électronique et d'Internet, réunie conjointement par la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Université de Genève. Le communiqué de presse reprenant l'essentiel des conclusions générales adoptées par les participants à cette Table ronde est annexé à la présente Note[1]. Seules les conclusions des Commissions I, II et III, portant respectivement sur les contrats, les délits et les clauses d'élection de for et de droit sont présentées ci-dessous. De surcroît, la Note est limitée aux seules questions de compétence juridictionnelle, objet de la réunion d'Ottawa qui se tiendra du 28 février au premier mars 2000[2].

COMMISSION I – CONTRATS[3]

La Commission I a travaillé sur les contrats en général et les contrats de consommation. Nous traiterons ces deux types de contrats de manière séparée. La Commission, en revanche, n'a pas traité du contrat de travail. Nous en dirons cepen-

[1] Pas reproduit dans ce tome, accessible à l'adresse <www.hcch.net> («Actualités et événements»).
[2] La Table ronde de Genève avait, en effet, un objet beaucoup plus large puisque toutes les questions de droit international privé intéressant la Conférence de La Haye étaient passées en revue : compétence juridictionnelle, droit applicable, signification et notification des actes à l'étranger, obtention des preuves à l'étranger, protection des données, règles de procédure. Un rapport complet sera disponible dans le courant du premier semestre 2000.
[3] La composition de la Commission I était la suivante : Président : Andreas Bucher, professeur, Université de Genève ; Rapporteur général : Katharina Boele-Woelki, professeur, Université d'Utrecht, assistée de Patrick Wautelet, assistant, Université catholique de Louvain ; Rapporteur spécial pour les contrats de consommateurs : Bernd Stauder, professeur, Université de Genève. Participants : Franziska Abt, Office fédéral de la justice, Berne ; Joëlle Freundlich, chargée de mission pour la réglementation des nouvelles technologies et du commerce électronique, CEGETEL, Paris ; Unnur Gunnarsdöttir, *Financial Services Officer*, Secrétariat EFTA, Bruxelles ; Steven A. Hammond, *Attorney-at-law*, Hughes Hubbard & Reed L.L.P, New York ; Wojciech Kocot, *Senior Lecturer*, Université de Varsovie ; Christopher Kuner, *Outside Counsel*, Morrison & Foerster for Brokat AG, Bruxelles ; Ursula Pachl, *Legal Advisor*, BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs), Bruxelles ; Anne-Marie Rouchaud, administrateur principal, Task Force Justice et Affaires intérieures, Bruxelles ; Daniel Ruppert, attaché de Gouvernement, Ministère de la Justice, Luxembourg ; John Stephens, président de l'*International Communication Round Table*, Paris ; Kees Stuurmann, Dr, PricewaterhouseCoopers N.V., Amsterdam ; Beti Yacheva, troisième secrétaire, Ministère des Affaires étrangères de la République de Macedoine, Skopje ; Jun Yokoyama, professeur, Université Hitotsubashi, Tokyo.

ANNEX II

Information Note for the attention of the experts meeting at Ottawa (28 February to 1 March 2000)

Electronic commerce and international jurisdiction

INTRODUCTION

The purpose of this Note is to present the conclusions of the experts who met at Geneva from 2 to 4 September 1999, at the Round Table on electronic commerce and private international law, convened jointly by the Hague Conference on Private International Law and the University of Geneva. The most important general conclusions adopted by the participants to this Round Table were included in the press release which is attached to the present Note.[1] Only the conclusions of Commissions I, II and III, dealing with contracts, torts, and choice of court and choice of law clauses respectively, are set out below. Moreover, the Note is limited to questions of international jurisdiction of the courts, the subject of the meeting at Ottawa, which will take place from 28 February to 1 March 2000.[2]

COMMISSION I – CONTRACTS[3]

Commission I dealt with contracts in general and in particular with contracts concluded by consumers. These two types of contract will be dealt with separately in this Note. On the other hand, the Commission did not deal with contracts of

[1] Not reproduced in this Tome, available at <www.hcch.net> ("News & Events").
[2] The Geneva Round Table covered in fact a much wider ground, because all the questions of private international law which are of interest to the Hague Conference were examined: international jurisdiction, applicable law, service of documents abroad, taking of evidence abroad, data protection, and rules of procedure. A full report will be available in the course of the first semester of 2000.
[3] Commission I was composed as follows: Chair: Andreas Bucher, Professor at the University of Geneva; General Reporter: Katharina Boele-Woelki, Professor at the University of Utrecht, assisted by Patrick Wautelet, Assistant at the Catholic University of Louvain; Special Reporter for consumer contracts: Bernd Stauder, Professor at the University of Geneva. Participants: Franziska Abt, Office fédéral de la justice, Berne; Joëlle Freundlich, *Chargée de mission pour la réglementation des nouvelles technologies et du commerce électronique*, CEGETEL, Paris; Unnur Gunnarsdöttir, Financial Services Officer, EFTA Secretariat, Brussels; Steven A. Hammond, Attorney-at-law, Hughes Hubbard & Reed L.L.P, New York; Wojciech Kocot, Senior Lecturer, Warsaw University; Christopher Kuner, Outside Counsel, Morrison & Foerster for Brokat AG, Brussels; Ursula Pachl, Legal Advisor, The European Consumer's Organisation (BEUC, Bureau Européen des Unions de Consommateurs), Brussels; Anne-Marie Rouchaud, *Administrateur Principal*, Task Force Justice et Affaires intérieures, Brussels; Daniel Ruppert, *Attaché de Gouvernement*, Ministry of Justice, Luxembourg; John Stephens, Chair of the International Communication Round Table, Paris; Kees Stuurmann, Dr, PricewaterhouseCoopers N.V., Amsterdam; Beti Yacheva, 3rd Secretary, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Macedonia, Skopje; Jun Yokoyama, Professor, Hitotsubashi University, Tokyo.

dant quelques mots puisque l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale comprend désormais, depuis la réunion de la Commission spéciale d'octobre 1999, une disposition sur les contrats individuels de travail. Par ailleurs, il convient de noter que la Commission I a travaillé sur les règles de compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux applicables en l'absence d'une clause d'élection de for valide[4].

1 *Contrats entre professionnels*

La Commission a reconnu qu'il convenait de séparer d'une part les contrats conclus électroniquement, en ligne, mais exécutés hors ligne en tout ou en partie, et ceux qui, conclus en ligne, sont également exécutés intégralement en ligne[5]. Pour les premiers, les règles de compétence juridictionnelle traditionnelle qui se fondent sur le lieu d'exécution du contrat ou d'une activité territoriale générée par l'exécution du contrat demeurent pertinentes et efficaces alors même que le contrat aura été négocié ou conclu en ligne. En revanche, pour les contrats intégralement exécutés en ligne[6], ni le lieu de conclusion, ni le lieu d'exécution, ni le lieu de l'activité ne sont opérants. Toutefois, la Commission n'a proposé aucun critère de compétence alternatif pour les contrats entre professionnels.

Une difficulté supplémentaire, identifiée par la Commission, concerne l'identification et la localisation des parties au contrat. C'est, en effet, grâce à cette identification et localisation que les règles de compétence juridictionnelle révéleront leur pleine efficacité. En ce qui concerne l'identification, la Commission est d'avis que les parties doivent pouvoir agir de manière anonyme, sauf dans les cas où la divulgation de l'identité est nécessaire. La Commission ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si la compétence juridictionnelle est un des cas auxquels elle fait allusion pour exiger la divulgation de l'identité. Elle indique par ailleurs que l'utilisation des moyens de certification proposés par des entités privées devrait être encouragée afin d'autoriser une identification plus facile des parties. Le Groupe d'experts n'aura peut-être pas besoin de revenir sur cette question tant elle est préalable à la formulation de règles de compétence et sort, en tant que tel, des dispositions de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale.

En ce qui concerne la localisation, la Commission est d'avis que les parties à un contrat doivent divulguer leur résidence habituelle ou le lieu de leur établissement, de manière à permettre que les parties à un contrat puissent s'en remettre de bonne foi aux déclarations faites à cet égard. Le Rapporteur de la Commission I a expliqué cette recommandation par le fait qu'un contrat doit pouvoir être localisable. Or, si le lieu d'exécution du contrat n'est pas localisable, les parties, elles, doivent l'être. De plus, seul le pays de situation est suffisant pour les besoins du droit international privé, a expliqué le Rapporteur, même si, en pratique, pour lancer une action judiciaire, d'autres informations sont nécessaires. La question se pose de savoir si le projet de Convention est l'instrument pertinent pour traiter directement d'une telle question. Le Groupe d'experts voudra peut-être s'interroger sur la formulation d'une règle de compétence incorporant les éléments

[4] La validité des clauses d'élection de for étant le sujet traité par la Commission III, voir ci-dessous.
[5] Le Groupe d'experts voudra peut-être évaluer l'efficacité de la dichotomie entre contrats exécutés hors ligne et contrats exécutés en ligne.
[6] Il s'agit de tous les contrats de prestation de service intellectuelle, de vente, de biens intangibles (logiciels, par ex.). Mais il pourra s'agir également de vente d'ouvrages livrés électroniquement. L'avancée de la technologie concernant ce qu'il est convenu d'appeler le «livre électronique» montre que, désormais, on peut acheter et recevoir la livraison d'un livre intégralement en ligne.

employment. This Note will nevertheless briefly discuss this type of contract, because the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, following the meeting of the Special Commission in October 1999, includes a provision on individual employment contracts. Moreover, it should be noted that Commission I only dealt with rules on international jurisdiction of domestic courts which apply in the absence of a valid choice of court clause[4].

1 *Business-to-business contracts*

The Commission agreed that a distinction could appropriately be made between, on the one hand, contracts concluded electronically online but performed, in whole or in part, offline and, on the other hand, contracts which are not only concluded online but also performed, in their totality, online.[5] For the first group of contracts, the traditional rules on court jurisdiction which are based on the place of performance of the contract, or on a territorial activity arising from performance of the contract, remain appropriate and adequate even where the contract was negotiated or concluded online. On the other hand, for contracts which are in their totality performed online,[6] the place of conclusion, of performance or of activity is not workable. However, the Commission did not propose any alternative basis of jurisdiction for business-to-business contracts.

A further difficulty noticed by the Commission concerns the identification and localisation of the parties to the contract. Indeed, it is only where such identification and localisation are possible that rules on jurisdiction of the courts can operate smoothly and effectively. As far as identification of the parties is concerned, the Commission felt that the parties should be able to act anonymously, except where it is imperative that they disclose their identity. The Commission did not offer a view on whether the question of jurisdiction of the courts is one of the cases referred to where identity should be disclosed. However, the Commission pointed out that the use of certification methods proposed by private entities should be encouraged in order to facilitate identification of the parties. The Expert Group may not need to return to this question in so far as it comes before the definition of rules of jurisdiction and therefore falls outside the provisions of the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters.

As far as localisation of the parties to the contract is concerned, the Commission was of the opinion that they should disclose their habitual residence or their place of business in such manner as to permit the parties to a contract to rely in good faith on declarations made to this effect. The Reporter of Commission I explained this recommendation by pointing out that a contract must be capable of being localised. And if the place of performance of the contract cannot be localised, it should at least be possible to localise the parties. Moreover, as the Reporter explained, for the purpose of private international law only the country of localisation is needed, even if in practice in order to start judicial proceedings, supplementary information will be necessary. The question arises whether the preliminary draft Convention is the appropriate instrument to deal directly with this question. The Expert Group may wish to consider the possibility of defining a rule of jurisdiction which incorporates the elements necessary to

[4] The question of the validity of choice of court clauses was dealt with by Commission III, see below.
[5] The Experts Group may wish to consider whether this dichotomy between contracts not enforced online and contracts enforced online is in fact a viable one.
[6] This applies to all contracts on intellectual services, on sales, on intangible goods (software, for example), but also to sales of books which are being electronically delivered. Technology has made such progress that it is now possible to buy a book and have it delivered entirely online – "the electronic book".

nécessaires à la détermination de la localisation des parties, y compris leurs déclarations au contrat.

2 *Contrats de consommation*[7]

La Commission suggère que la question soit réglée en donnant compétence générale au tribunal du domicile du demandeur en plus de la compétence générale accordée traditionnellement au domicile du défendeur. Elle remet en cause la distinction entre « consommateur actif » et « consommateur passif » et propose que la règle de compétence suggérée s'applique, quel que soit le niveau d'initiative pris par le consommateur. En d'autres termes, la Commission propose l'introduction du *forum actoris* à condition que le demandeur soit un consommateur[8].

Par ailleurs, la Commission s'est interrogée sur le problème de savoir si, dans l'environnement en ligne, la notion traditionnelle de consommateur est encore efficace. Elle suggère donc de requalifier le consommateur et d'ouvrir simplement la compétence au domicile du demandeur à toute personne physique agissant en son nom propre, quel que soit l'objet de la transaction. Comme l'a expliqué le Rapporteur, l'idée de départ consiste à dire que, dans un environnement en ligne, les petites entreprises doivent être également protégées. Or, comme il est difficile de définir une « petite entreprise », la prévisibilité exigerait de s'en remettre à la notion de personne physique.

La Commission a également relevé une difficulté à l'article 7, paragraphe 1 *b)*, de l'avant-projet de Convention. De l'avis de la Commission, le critère utilisé dans le texte, c'est-à-dire que le consommateur doit avoir accompli dans l'État de sa résidence habituelle les démarches nécessaires à la conclusion du contrat, n'est pas pertinent dans le cadre du commerce électronique. En effet, il est impossible de localiser physiquement le cocontractant qui peut opérer de n'importe quel lieu à condition d'avoir accès à une connexion Internet. Compte tenu de ce qui précède, la localisation physique, autre que le lieu de résidence habituelle que le consommateur a déclaré, n'est plus opérationnelle pour les besoins du commerce électronique[9].

3 *Contrats de travail*

Au moment où la Table ronde de Genève s'est réunie, l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale ne comprenait pas de dispositions sur les contrats individuels de travail. C'est la raison pour laquelle la Commission I ne s'est pas penchée sur cette question. Depuis, la Commission spéciale qui s'est réunie en octobre 1999 a inséré dans l'avant-projet un article 8 qui permet au travailleur de poursuivre son employeur devant les tribunaux de l'État où le travail est ou a été habituellement accompli. Lorsque le travailleur n'accomplit pas son travail habituellement dans le même État, les tribunaux compétents sont ceux de l'État de l'établissement ayant embauché le travailleur. L'employeur, de son côté, ne peut agir que devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du travailleur

[7] Pour la validité des clauses d'élection de for dans les contrats conclus par des consommateurs, voir ci-dessous les travaux de la Commission III.

[8] On doit cependant noter que, lors de la discussion générale, il a été rappelé la difficulté pour les entreprises de commerce électronique de se conformer simultanément aux exigences de près de 200 juridictions puisque les sites Internet peuvent, au moins en théorie, être visualisés dans le monde entier. Mais il a également été dit que ce facteur, dont l'évaluation exacte reste à faire, doit s'harmoniser avec une protection des consommateurs dont il est dit qu'elle doit être la même, que l'acte de consommation ait eu lieu en ligne ou hors ligne. C'est pourquoi, la recommandation générale présentée au cours de la dernière session plénière précise que des études complémentaires sont nécessaires prenant en considération tous les intérêts en présence.

[9] Notons, par ailleurs, que cette exigence qui existait dans la Convention de Bruxelles de 1968, a été supprimée de l'article 15 de la proposition de Règlement destiné à remplacer cette Convention.

make possible the localisation of the parties, including statements made by them in the contract.

2 *Consumer contracts*[7]

The Commission suggested that the way to deal with this question was to establish a general basis of jurisdiction for the court of the habitual residence of the plaintiff in addition to the general jurisdiction traditionally based on the habitual residence of the defendant. The Commission questioned the distinction between "active consumer" and "passive consumer" and proposed that the suggested rule of jurisdiction apply irrespective of the degree of initiative taken by the consumer. In other words, the Commission proposed to introduce the *forum actoris* on the condition that the plaintiff be a consumer.[8]

Moreover, the Commission wondered whether in an online environment the traditional notion of consumer is still adequate. The Commission suggested, therefore, the redefinition of the notion of consumer and the provision of a basis of jurisdiction in the habitual residence of the plaintiff for any natural person acting in his or her own name, whatever the nature of the transaction. The basic idea would be, as the Reporter explained, that in an online environment small businesses are also in need of protection. However, given the difficulty of defining a "small enterprise", predictability would be enhanced by using the concept of a natural person.

The Commission also noted a difficulty with respect to Article 7, paragraph 1 *b)*, of the preliminary draft Convention. In the opinion of the Commission, the criterion used in the text, namely that the consumer should have taken in the State of his habitual residence the steps necessary for the conclusion of the contract, makes no sense in the context of electronic commerce. It is, after all, impossible to localise physically the other party to the contract, who may be acting from any place provided he or she has access to an Internet connection. It follows that the physical location, other than the habitual residence as declared by the consumer, is no longer workable for purposes of electronic commerce.[9]

3 *Employment contracts*

At the time when the Geneva Round Table met, the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters did not yet include provisions on individual employment contracts. Therefore, Commission I did not examine this question. In the meantime, the Special Commission which met in October 1999 included in the preliminary draft Convention an Article 8, which allows the employee to sue his employer before the courts of the State where the work is or has been habitually carried out. Where the employee does not habitually carry out his work in the same State, it is the courts of the State in which the business that engaged the employee is situated which has jurisdiction. As far as the employee is concerned, he or she can only be sued before the courts of the State of his or her habitual

[7] As to the validity of choice of court clauses in contracts concluded by consumers, see *infra*, the report on the work of Commission III.

[8] It should nevertheless be noted that during the general discussion it was pointed out that electronic commerce businesses would have great difficulty to meet the requirements of almost 200 jurisdictions, because Internet sites may be, at least in theory, accessed in the whole world. But it was also observed that this factor, whose precise impact remains to be estimated, must be brought in harmony with the need to protect consumers who, it is claimed, should be equally protected in cases of consumption online and not online. It is for this reason that the general recommendation presented at the last plenary session points out that this question should be further studied taking into account all the relevant interests.

[9] It should be noted that this requirement which existed in the Brussels Convention of 1968 has been deleted in Article 15 of the draft Regulation which is to replace this Convention.

ou devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

Compte tenu du développement du travail à domicile en raison des facilités de communication procurées par Internet, il convient d'évaluer les dispositions de l'article 8 en fonction de cette évolution. Il apparaît clairement que la première règle de compétence prévue par le texte va entraîner pour l'employeur qui choisit de favoriser le travail en ligne et organise sa force de travail en prenant avantage du fait que les travailleurs peuvent accomplir leur travail essentiellement à partir de leur résidence habituelle, une atomisation des fors compétents pour régler les questions liées au contentieux du contrat individuel de travail. Cette conséquence est peut-être le prix à payer pour le choix économique effectué par l'employeur. Elle pourrait cependant être évaluée et faire l'objet d'une décision de politique législative.

COMMISSION II – DÉLITS[10]

Les membres de la Commission II ne sont pas parvenus à une recommandation consensuelle pour le traitement des délits en ligne. Certains membres de la Commission étaient d'avis que l'article 10 de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale ne peut pas fonctionner pour les délits en ligne. C'est pourquoi, ils ont proposé d'ouvrir purement et simplement un for au lieu de la résidence habituelle du demandeur qui est normalement la victime. En effet, comme l'a expliqué le Rapporteur lors de la dernière séance plénière, l'article 10(1) est rédigé en termes de « situation physique » si bien que, soit il est impossible de la déterminer, soit elle existe partout[11]. De plus, pour les membres de la Commission rejetant la présente rédaction de l'article 10, le paragraphe 3 de ce texte ne serait pas adéquat pour de nombreux délits spécifiques à Internet tels le « *hacking* » ou le « *spamming* ».

Pour les autres membres de la Commission, l'article 10 de l'avant-projet de Convention pourrait fonctionner à condition d'être accompagné de deux présomptions simples : (1) le « lieu de l'acte ou omission à l'origine du dommage » serait situé au lieu de la résidence habituelle du défendeur ou auteur de l'acte ; (2) le lieu où le « dommage a pris naissance » serait situé au lieu de la résidence habituelle du demandeur ou de la victime, ou au lieu où le dommage le plus important s'est produit[12].

Pour finir, la Commission a souhaité traiter séparément des questions de concurrence déloyale mais, faute de temps, n'a pas pu formuler de véritables conclusions. Elle suggère que les deux options définies par elle pour les délits en général peuvent être pertinentes pour les effets de la concurrence déloyale à l'égard des consommateurs. En revanche, pour ce qui a trait des effets de la concurrence déloyale entre concurrents, le point de départ de la réflexion pourrait être le test du marché affecté.

[10] La composition de la Commission II était la suivante : Président : Mark A.A. Warner, *Legal counsel*, Paris ; Rapporteurs : Cristina González Beilfuss, professeur, Université de Barcelone ; Peter Mankowski, Dr Jur., Universität Osnabrück. Participants : François Dessemontet, professeur, Université de Lausanne ; Nina Dethloff, Dr LL.M., Bielefeld ; Shinichiro Hayakawa, professeur, Université de Tohoku, Japon ; Jeffrey D. Kovar, *Assistant Legal Adviser for Private International Law*, U.S. Department of State, Washington ; Katri Kummoinen, *Legal Adviser*, Ministère de la Justice, Helsinki ; Hans Georg Landfermann, Dr, Ministère de la Justice, Allemagne ; Henry H. Perrit Jr., doyen et professeur, Chicago-Kent College of Law, Chicago, IL ; Fausto Pocar, professeur, Université de Milan ; Chris Reed, *Professor of Electronic Commerce Law*, Queen Mary & Westfield College, Londres ; Jane Schurtz-Taylor, assistante, Université de Genève ; Jean-Potter Van Loon, avocat, Ducrut Ducruest Van Loon et Ass., Genève ; Bénédict Winiger, professeur, Université de Genève.

[11] Voir, notamment, l'article 10(1) *b)*.

[12] Le Rapporteur a expliqué qu'une approche basée sur la notion de « centre de gravité » ou de « lien le plus étroit » pourrait également être étudiée avec profit et n'avait pas été rejetée par les membres de la Commission soutenant l'idée d'une présomption simple.

residence or before the courts of the State in which the employee usually carries out his or her work.

Bearing in mind the development of employment at home made possible by the Internet communication facilities, the provisions of Article 8 may need to be re-examined in the light of this evolution. For the employer who chooses to favour online employment and who organises his work force to take advantage of the fact that workers may work essentially from their habitual residence, it is clear that the first jurisdiction rule provided for by the draft will cause a fragmentation of the fora competent to deal with litigation concerning individual employment contracts. This result is perhaps the price to pay for the economic choice made by the employer. However, its pros and cons might be considered and on that basis a legislative policy choice taken.

COMMISSION II – TORTS[10]

The members of Commission II did not reach an agreed recommendation on the treatment of online torts. Certain members of the Commission were of the opinion that Article 10 of the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters could not function for online torts. Therefore, they proposed instead to create a forum in the habitual residence of the plaintiff, who normally is the victim of the tort. As the Reporter explained during the last plenary session, Article 10(1) has been cast in terms of the "physical situation", so that, in other situations, it is either impossible to determine or exists everywhere.[11] Moreover, in the view of the members of the Commission who rejected the present drafting of Article 10, paragraph 3 of this provision was inadequate for the many specific Internet torts such as "hacking" or "spamming".

Other members of the Commission, however, felt that Article 10 of the preliminary draft Convention could operate provided that two rebuttable presumptions were accepted: (1) the "place where the act or omission that caused injury occurred" would be supposed to be located in the habitual residence of the defendant or the person claimed to be responsible; and that (2) the place "in which the injury arose" would be located at the place of the habitual residence of the plaintiff or the victim, or at the place where the most important injury occurred.[12]

Finally, the Commission preferred to deal separately with the question of unfair competition, but, due to lack of time, was unable to propose real conclusions. The Commission suggested that the two options which it had defined for torts in general could also work for the effects on consumers of unfair competition. On the other hand, as far as effects of unfair competition among competitors is concerned, the test of the affected market might be the starting point for further consideration.

[10] Commission II was composed as follows: Chair: Mark A.A. Warner, Legal counsel, Paris; Reporters: Cristina González Beilfuss, Professor, University of Barcelona; Peter Mankowski, Dr. Jur., Universität Osnabrück. Participants: François Dessemontet, Professor, University of Lausanne; Nina Dethloff, Dr. LL.M., Bielefeld; Shinichiro Hayakawa, Professor, Tohoku University, Japan; Jeffrey D. Kovar, Assistant Legal Adviser for Private International Law, U.S. Department of State, Washington, DC; Katri Kummoinen, Legal Adviser, Ministry of Justice, Helsinki; Hans Georg Landfermann, Dr., Ministry of Justice, Germany; Henry H. Perrit Jr., Dean and Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago, IL; Fausto Pocar, Professor, University of Milan; Chris Reed, Professor of Electronic Commerce Law, Queen Mary & Westfield College, London; Jane Schurtz-Taylor, Assistant, University of Geneva; Jean-Potter Van Loon, *Avocat*, Ducrut Ducruest Van Loon et Ass, Geneva; Bénédict Winiger, Professor, University of Geneva.

[11] See in particular Article 10(1) *b)*.

[12] The Reporter explained that it might also be useful to study an approach based on the notion of the "centre of gravity" or of "closest connection" and that such an approach had not been rejected by those members of the Commission who favoured the idea of a rebuttable presumption.

1 *Internationalité*

La Commission III s'est d'abord interrogée sur les conditions requises pour l'internationalité des clauses d'élection de for et a proposé la recommandation selon laquelle une clause d'élection de for est internationale si le droit applicable en décide ainsi. Toutefois, si le contrat est exécuté de manière électronique, le lieu d'exécution ne peut pas être pris en considération pour déterminer la nature internationale de la clause. De surcroît, la clause doit être considérée comme internationale sauf si les parties sont résidentes habituelles dans le même pays et que ce fait est connu ou clairement identifié au moment de la conclusion du contrat[14].

Au moment où la Table ronde de Genève s'est réunie, le texte de l'avant-projet de Convention, tel qu'issu de la Commission spéciale de juin 1999, ne comportait aucune disposition sur le champ d'application territorial de la Convention. Ceci explique donc que la Commission III ait jugé utile de tenter une définition spécifique pour l'internationalité de la clause d'élection de for. Toutefois, la Commission spéciale d'octobre 1999 a proposé une disposition qui se lit comme suit :

« Article 2 – Champ d'application territorial

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

a) l'article 4 s'applique si elles sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend ».

Cette disposition est conçue en termes neutres par rapport à la forme que peut prendre la conclusion ou l'exécution du contrat et même si celle-ci se fait sous forme électronique en ligne. Elle apparaît donc pertinente dans le cadre du commerce électronique et ne pas poser de difficulté particulière. Le Groupe d'experts réuni à Ottawa voudra peut-être prendre le temps d'en discuter et de confirmer ce point.

2 *Contrats entre professionnels*

Pour les clauses d'élection de for insérées dans un contrat conclu entre professionnels, la Commission a étudié précisément les dispositions de l'article 4(2) de l'avant-projet de Convention. Elle conclut que sa rédaction couvre de manière adéquate les besoins du commerce électronique, notamment, s'il en était besoin, grâce à une interprétation par équivalent fonctionnel tel que proposé par la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[15]. Le Rapporteur a expliqué que cette conclusion a été adoptée à l'unanimité des membres de la Commission car elle ne donnait lieu à aucune controverse.

[13] La composition de la Commission III était la suivante : Président : Renaud Sorieul, administrateur principal, CNUDCI, Vienne ; Rapporteurs : David Goddard, *Barrister*, Thorndon Chambers, Wellington ; Gabrielle Kaufmann-Kohler, professeur, Brunschwig Wittmer, Genève ; Rapporteur spécial pour le droit américain : Margaret Stewart, professeur, Chicago-Kent College of Law, Chicago, IL. Participants : Gilles Devaux, *Legal Counsel Europe*, Compaq Computer EMEA BV, Allemagne ; Mahin Faghfouri, *Head Legal Unit*, UNCTAD, Suisse ; Michel Jaccard, Dr, LL.M., Étude Chaudet, Lausanne ; Alice Karoubi Nordon, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye ; Damien Moloney, *Legal Adviser*, Attorney General's Office, Dublin ; André Prum, professeur, Université de Nancy ; Christine Schatzl, *Dr Official*, Commission européenne, Bruxelles ; David Seïte, administrateur, Commission européenne, Bruxelles ; Mitsuo Yashima, *Manager Legal Affairs*, Nec Europe Ltd, Londres.

[14] Dans la présentation qu'il a faite de cette recommandation, le Rapporteur a néanmoins expliqué que certains membres de la Commission étaient opposés à la définition de l'internationalité pour l'environnement en ligne qui, pour eux, est international par nature.

[15] Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son incorporation, 1996, Nations Unies, New York, 1997.

1 *Internationality*

Commission III first examined the conditions required for the internationality of choice of court clauses and proposed a recommendation to the effect that such a clause is international if it is so according to the applicable law. However, if the contract is performed electronically, the place of performance cannot be taken into consideration in determining the international character of the clause. Moreover, the clause must be considered as international unless the parties are habitually resident in the same State and this fact is known or clearly identified at the moment of the conclusion of the contract.[14]

At the time when the Geneva Round Table took place, the text of the preliminary draft Convention issuing from the Special Commission of June 1999, did not contain any provision on the territorial scope of the Convention. This explains why Commission III thought it useful to establish a specific definition for the internationality of the choice of court clause. However, the Special Commission of October 1999 adopted the following provision:

"Article 2 – Territorial scope

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State –

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute".

This provision is cast in terms which are neutral in relation to the form which the conclusion or the performance of the contract take, even if they take place electronically online. The provision should therefore work in the context of electronic commerce and not pose any particular difficulty. The Expert Group meeting in Ottawa may wish to discuss and confirm this point.

2 *Business-to-business contracts*

For the choice of court clauses included in a business-to-business contract, Commission III studied the provisions of Article 4, paragraph 2, of the preliminary draft Convention. The Commission came to the conclusion that the draft adequately meets the needs of electronic commerce, in particular, by virtue of an interpretation, where necessary, by way of functional equivalence as proposed by the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.[15] The Reporter explained that this conclusion had been adopted unanimously by the members of the Commission, because it had not given rise to any controversy.

[13] Commission III was composed as follows: Chair: Renaud Sorieul, *Administrateur Principal*, UNCITRAL, Vienna; Reporters: David Goddard, Barrister, Thorndon Chambers, Wellington; Gabrielle Kaufmann-Kohler, Professor, Brunschwig Wittmer, Geneva; Special Reporter for American law: Margaret Stewart, Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago, IL. Participants: Gilles Devaux, Legal Counsel Europe, Compaq Computer EMEA BV, Germany; Mahin Faghfouri, Head Legal Unit, UNCTAD, Switzerland; Michel Jaccard, Dr., LL.M., Étude Chaudet, Lausanne; Alice Karoubi Nordon, Hague Conference on Private International Law, The Hague; Damien Moloney, Legal Adviser, Attorney General's Office, Dublin; André Prum, Professor, University of Nancy; Christine Schatzl, Dr. Official, European Commission, Brussels; David Seïte, Administrator, European Commission, Brussels; Mitsuo Yashima, Manager Legal Affairs, Nec Europe Ltd, London.

[14] When explaining his recommendation, the Reporter nevertheless pointed out that certain members of the Commission were against a definition of internationality for the online environment, since this is in their view by its very nature of an international character.

[15] See UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and Guide to its incorporation, 1996, United Nations, New York, 1997.

En ce qui concerne la vérification de la réalité du consentement, notamment pour les clauses « par référence », la Commission considère qu'aucune règle spéciale n'est nécessaire pour les contrats formés ou exécutés dans l'environnement électronique.

3 *Contrats de consommation*

Les contrats passés entre un professionnel et un consommateur posent quelques difficultés supplémentaires. Tout d'abord, la Commission a conclu que les clauses d'élection de for insérées dans ces contrats ne doivent pas être traitées différemment lorsque le contrat a été conclu dans l'environnement électronique en ligne ou hors ligne.

Cependant, la Commission n'a pas pu atteindre un accord sur le point de savoir si les clauses d'élection de for étaient admissibles dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. C'est pourquoi, après une assez longue discussion exposée en plénière par le Rapporteur, la Commission a proposé une approche intermédiaire qui permettrait de préserver les cultures différentes à l'égard de ces clauses et d'insérer une troisième hypothèse de validité des clauses d'élection de for à l'article 7, paragraphe 3, de l'avant-projet de Convention. Cette disposition pourrait être rédigée de la manière suivante :

« *c)* si le contrat est conclu par un consommateur qui est résident habituel d'un État ayant déclaré que de tels contrats sont valables à l'encontre des consommateurs ».

4 *Contrats de travail*

Pour ce qui a trait aux contrats de travail, la même remarque que celle faite ci-dessus pour les travaux de la Commission I s'impose ici. La Commission III n'a donc pas travaillé sur cette question. On peut cependant penser que la même controverse et les mêmes différences entre les systèmes juridiques en présence existent pour les contrats de travail comme elles existent pour les contrats de consommation. Il serait donc possible d'admettre, *mutatis mutandis*, une disposition similaire à celle que la Commission III a proposée pour la validité des clauses d'élection de for pour les consommateurs et qui vient d'être rappelée ci-dessus.

The Commission considered that for contracts concluded or performed in an electronic environment no special rule was necessary for the purpose of checking the reality of consent, in particular in the context of "referral clauses".

3 *Consumer contracts*

Contracts concluded between a businessman and a consumer pose some additional difficulties. First of all, the Commission found that choice of court clauses included in these contracts should not necessarily be treated differently when the contract has been concluded in an electronic environment, whether online or offline.

However, the Commission could not reach agreement on the question of whether these choice of court clauses were permissible in contracts concluded between a professional and a consumer. That is why, after a long discussion in the plenary guided by the Reporter, the Commission proposed an intermediate approach which would make it possible to retain the different legal regimes with respect to these clauses, by including a third possible basis for the validity of choice of court clauses in Article 7, paragraph 3, of the preliminary draft Convention. This provision could be drafted in the following manner:

"*c)* if the contract is concluded by a consumer habitually resident in a State which has declared that such contracts are valid as against consumers".

4 *Employment contracts*

As regards employment contracts, the same observation which was made above concerning the work of Commission I applies. Commission III did not therefore deal with this question. However, it is likely that the same controversies and differences of view which exist with regard to consumer contracts exist for employment contracts. It should therefore be possible to accept *mutatis mutandis* a provision similar to that which Commission III proposed for the validity of choice of court clauses for consumers referred to above.

Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale – Genève, 1er février 2001*

ÉTABLI PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 13 d'avril 2001

1 Le professeur Teun Struycken, Président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé, ouvre la séance. Il propose aux experts de confier la présidence de la réunion à Mme Andrea Schulz (Allemagne). Cette proposition est acceptée à l'unanimité. La Présidente résume brièvement les deux jours de conférence de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), qui ont précédé la réunion d'experts. Elle souligne que la propriété intellectuelle (ci-après la PI) est un vaste domaine, que les différents droits de PI demandent à être examinés séparément et que, pour certains droits de PI tout au moins, la question de la compétence, bien que distincte de la question du droit applicable, est étroitement liée à celle-ci. La Présidente suggère de suivre le projet d'ordre du jour adopté par les experts, et invite les experts à faire tout d'abord des commentaires d'ordre général.

I COMMENTAIRES D'ORDRE GÉNÉRAL

2 La délégation du Japon distribue aux experts un document qui expose les inquiétudes du Japon par rapport à la PI et à la future Convention de La Haye. Ce document rappelle que les États membres se sont mis d'accord sur une compétence exclusive en matière d'inscription, de validité, de nullité ou de résiliation de brevets, marques, dessins et modèles et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement (voir art. 12(4) de l'avant-projet de Convention). Le document pose ensuite la question de savoir s'il conviendrait également de prévoir une compétence exclusive en matière de violation de droits de PI enregistrés et discute les avantages et inconvénients d'une telle approche.

3 Au nom de l'Union européenne, un expert de la Suède note que les droits de PI sont d'une importance capitale dans le cadre d'une convention à l'échelle mondiale. Par conséquent, il serait très utile d'inclure dans la Convention des règles sur la compétence et la reconnaissance en matière de droits de PI. Cependant, ces règles doivent assurer la prévisibilité requise et contenir des chefs de compétence acceptables.

4 La délégation des États-Unis d'Amérique indique avoir distribué par courrier électronique aux autres délégations les commentaires reçus par le Bureau des brevets et des marques des États-Unis (*United States Patent and Trademark Office*), représentant plus de 100 pages de texte et ajoute que des exemplaires de ces commentaires sont également disponibles pour les experts présents. Ces commentaires ont montré deux choses en particulier : (1) une opposition presque unanime du secteur privé au texte actuel de l'avant-projet de Convention en ce qui concerne les droits de PI, et (2) une grande difficulté à comprendre la structure du texte de l'avant-projet de Convention. La délégation souligne que les États-Unis ne peuvent pas être Partie à une convention dont la structure serait celle de l'avant-projet de Convention. En particulier, les États-Unis ne peuvent pas accepter de compétence (*in personam*) dans des cas de violation de droits de PI à l'encontre d'un défendeur n'ayant aucun lien avec la juridiction saisie.

II COMPÉTENCE EXCLUSIVE EN MATIÈRE DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ENREGISTRÉS

5 Alors que de nombreux experts sont d'avis que les procédures ayant pour objet l'inscription, la validité, la nullité et même la résiliation de droits enregistrés doivent tomber dans le champ d'application de la règle de compétence exclusive (art. 12(4) de l'avant-projet de Convention), la délégation des États-Unis d'Amérique met en doute la nécessité d'une compétence exclusive et demande si la vraie question est le caractère exclusif de la compétence ou plutôt la concentration de la compétence. Certains commentaires du secteur privé aux États-Unis expriment une opposition claire à la compétence exclusive et la plupart de ces commentaires préconisent d'exclure les droits de PI du champ d'application de la future Convention.

Champ d'application de l'article 12(4) par rapport aux brevets et aux marques

6 Parmi les experts qui soutiennent l'idée d'une compétence exclusive pour les litiges portant sur la validité des brevets et marques enregistrés, les opinions sont divisées sur la question de savoir si les litiges portant sur la violation de droits de PI enregistrés doivent également relever de la compétence exclusive. Les experts notent qu'il est généralement admis que les questions d'atteinte à un droit de PI ne tombent pas sous le coup de la disposition instaurant une compétence exclusive (art. 16) dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano (à l'exception toutefois du Royaume-Uni, où les tribunaux considèrent que la question de la violation du droit est trop étroitement liée à la question de la validité pour être traitée séparément).

Brevets

7 Les délégations du Royaume-Uni et de l'Australie indiquent qu'à leurs yeux, les questions de validité et de violation sont étroitement liées. L'expérience montre que le défendeur à l'action fondée sur la violation du brevet va presque immanquablement se défendre en attaquant la validité de celui-ci. De plus, dans la plupart des systèmes nationaux, ces deux questions relèvent des mêmes tribunaux, qui sont d'ailleurs souvent des tribunaux spécialisés (sauf par ex. en Allemagne et en Autriche). Le danger lié au fait d'avoir deux tribunaux différents, l'un se prononçant sur la question de la validité du brevet, l'autre jugeant de la violation de celui-ci, ce dernier n'étant souvent pas un tribunal du pays dans lequel ce brevet est enregistré, pourrait conduire à des jugements contradictoires sur la portée du brevet. Ce résultat serait incompatible au principe qu'un brevet qui confère un monopole pour un produit ou procédé donné, ne peut avoir qu'une portée unique, et non une portée différente pour la validité et la violation du droit. De plus, le droit des brevets comporte des aspects d'ordre public. Pour toutes ces raisons, ces deux délégations soutiennent l'idée d'une compétence exclusive applicable tant à la validité qu'à la violation du brevet. Aucune réponse définitive n'est donnée à la question de savoir quel tribunal doit être exclusivement compétent, mais il semble que cela pourrait bien être le tribunal du pays dans lequel le brevet est enregistré. Cette opinion est également partagée par la délégation de la Chine.

* La liste des experts présents à cette réunion est annexée au présent rapport.

Rapport propriété intellectuelle

Report of the Experts Meeting on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters – Geneva, 1 February 2001*

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 13 of April 2001

1 The meeting was opened by Professor Teun Struycken, Chairman of the Netherlands Standing Government Committee on Private International Law. He proposed that the meeting be chaired by Ms Andrea Schulz (Germany). This proposal was unanimously accepted. The Chair made a brief summary of the two-day World Intellectual Property Organization (WIPO) conference, which preceded the experts meeting. She emphasised the fact that intellectual property (hereinafter IP) is a huge field, that the various IP rights require separate examination and that, at least for some IP rights, the problems of jurisdiction, although distinct, are closely linked to questions of applicable law. The Chair suggested that the experts follow the outline of the draft agenda, which was accepted by the meeting, and opened the floor for general comments.

I GENERAL COMMENTS

2 The delegation of Japan distributed a paper reflecting Japan's concerns in relation with IP and the future Hague Convention. This paper sets forth that Member States have agreed on an exclusive competence for proceedings on the registration, validity, nullity or revocation of patents, trademarks, designs and other similar rights required to be deposited or registered (see Art. 12(4) of the preliminary draft Convention). The paper then poses the question as to whether there should also be an exclusive jurisdiction for the infringement of registered IP rights and discusses the pros and cons of such an approach.

3 On behalf of the European Union, an expert from Sweden noted that IP rights are of major importance in a worldwide convention. Therefore, it would be very useful to have rules on jurisdiction and recognition with respect to IP rights in the Convention. However, these rules have to provide predictability and acceptable grounds for jurisdiction.

4 On behalf of the delegation of the United States of America, it was pointed out that over 100 pages of comments received by the United States Patent and Trademark Office had been distributed by e-mail to the delegations and that copies were available at the meeting. Those comments demonstrated two things in particular: (1) almost uniform opposition in the private sector to the current text as it applies to intellectual property rights, and (2) great difficulty in understanding the structure of the preliminary draft Convention text. It was pointed out that the United States could not become a Party to a convention structured along the lines of the preliminary draft Convention. In particular, the United States could not accept (*in personam*) jurisdiction in infringement on IP rights cases over a defendant who had no relation with the jurisdiction.

II EXCLUSIVE JURISDICTION CONCERNING REGISTERED INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

5 While many experts expressed the view that proceedings which have as their object the registration, validity, nullity and even revocation of registered rights should fall under the rule of exclusive jurisdiction (Art. 12(4) of the preliminary draft Convention), the delegation of the United States of America raised questions about the need for exclusivity, and asked whether the real concern was exclusivity or concentration of jurisdiction. Some of the United States private sector comments clearly oppose exclusive jurisdiction, and most of these comments favour exclusion of intellectual property rights from scope.

Scope of Article 12(4) with respect to patents and trademarks

6 Among the experts who favoured exclusive jurisdiction for proceedings having as their main object the validity of registered patents and trademarks, opinions were divided as to the question of whether matters of infringement of registered IP rights should also fall within the scope of the exclusive jurisdiction. It was noted that it is generally understood that questions of infringement do not fall under the scope of the exclusivity provision (Art. 16) of the Brussels and Lugano Conventions (except in the United Kingdom, where courts hold that the question of infringement is too intertwined with the question of validity to be treated separately).

Patents

7 The delegations of the United Kingdom and Australia indicated that in their view, the questions of validity and infringement are closely linked. Experience shows that it is almost inevitable that the defendant attacked for infringement of the patent will defend himself by attacking the validity of this patent. Moreover, in most national systems, the two questions are tried by the same courts, which are often specialised courts (exceptions include Germany and Austria). The danger of having two different courts, one trying the question of the validity of the patent and another one trying the infringement question, which will often not be in the country of registration, is that it could lead to different views on the width of the patent. This would run counter to the concept that a patent which grants a monopoly with respect to a certain product or process can have only one scope, and not a different scope for validity than for infringement. In addition, patent law involves considerations of public policy. For all these reasons, these two delegations supported the view that exclusive jurisdiction should apply to both the validity and the infringement of the patent. On the question of which court should have exclusive jurisdiction, the answer was not definitive, but it was said that it could very well be the court of the country in which the IP right is registered. This view was also supported by the delegation of China.

* The list of experts present at this meeting is annexed to this report.

8 Un certain nombre de délégations, y compris les délégations de la Suisse, de la Finlande et de la Suède, préconisent une approche plus flexible : la coordination entre les procédures relatives à la validité du droit d'une part et à la violation de celui-ci d'autre part, peut être assurée par d'autres moyens qu'une règle de compétence exclusive en faveur du tribunal du lieu d'enregistrement du droit de PI pour juger de tous les litiges se rapportant à ce droit (validité et violation). Un exemple serait la suspension de la procédure pendante auprès du tribunal saisi d'une action fondée sur la violation du droit, dans l'attente d'une décision sur la validité du droit du tribunal du lieu d'enregistrement du droit de PI (cette option impliquerait une adaptation de l'art. 22). La délégation allemande fait cependant observer que dans le cas du « faisceau de brevets » européen (*bundle patent*) créé en application de la Convention sur le brevet européen (CBE), cela pourrait signifier qu'un tribunal saisi d'un litige portant sur la violation d'un faisceau de brevets, par exemple 13 brevets nationaux, devrait inviter les parties à entamer des procédures portant sur la validité du droit dans chacune des 13 juridictions concernées. La délégation du Royaume-Uni est fermement opposée à une telle multiplication des procédures.

9 Les délégations qui s'opposent à une extension du champ d'application de la compétence exclusive de l'État d'enregistrement aux litiges portant sur la violation du droit soulignent également que dans la mesure où les litiges en matière de brevets peuvent être soumis à un arbitrage, il semble peu cohérent de conférer une compétence exclusive pour ces litiges aux tribunaux nationaux.

10 L'expert de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI) soulève une autre question : comment traiter les droits de PI qui sont enregistrés dans un État non contractant puisque l'article 12(4) fait uniquement référence aux États contractants (en d'autres termes, l'art. 12(4) déploie-t-il un effet réflexe ?). Il ajoute que cette question n'a pas été résolue dans les Conventions de Bruxelles et Lugano.

Marques et droits de PI non enregistrés

11 Un expert d'une organisation professionnelle (*International Trademark Association*, INTA) indique que dans son libellé actuel, l'article 12(4) ne comprend pas les marques de fabrique des États-Unis d'Amérique, puisqu'aux États-Unis les marques de *common law* ne nécessitent aucun enregistrement. Elles existent du seul fait de leur utilisation et peuvent, mais ne doivent pas, être enregistrées. Elle suggère par ailleurs que la future Convention ne couvre que les droits également couverts par l'Accord sur les ADPIC. Un autre expert attire l'attention de l'assemblée sur le phénomène de « marques connues » (*well-known trademarks*) selon la Convention de Paris, qui sont protégées, qu'elles soient enregistrées ou non, et qui pourraient créer des problèmes par rapport à la clause de compétence exclusive.

12 Un expert du Royaume-Uni souligne que les droits enregistrés, les droits de *common law* et les droits analogues devraient tous être traités de la même manière. Cependant, il indique que son pays n'a pas encore fait l'expérience d'une distinction entre marques enregistrées et marques non enregistrées selon les Conventions de Bruxelles et Lugano, qui font toutes les deux cette distinction. Un autre expert note qu'il est difficile de localiser une marque non enregistrée. Dans tous les cas, en application de la Convention de Bruxelles ou de la Convention de Lugano, le for du défendeur serait toujours possible. Finalement, un expert mentionne que la question de la validité d'une marque n'est que rarement soulevée dans un litige portant sur un contrat de licence, dans la mesure où le preneur de licence n'a en général aucun intérêt à obtenir une invalidation de la marque dont le contrat de licence lui confère l'usage.

13 La Présidente note qu'aucun consensus ne se dessine à ce stade sur la question de savoir s'il convient d'inclure la violation du droit dans le champ d'application d'une règle de compétence exclusive pour les brevets et marques enregistrés. Elle fait observer que même si la question de la validité et la question de la violation du droit relevaient de la même juridiction, elles ne seraient pas nécessairement jugées par le même juge dans cette juridiction.

Article 12(5)

14 Les experts notent que l'inclusion de l'article 12(5) dans le projet de Convention peut dépendre du champ d'application de la clause de compétence exclusive de l'article 12(4) en matière de la violation d'un droit de PI. La Présidente indique qu'à cet égard deux interprétations sont possibles :

– si la violation du droit est incluse dans l'article 12(4), l'article 12(5) peut rester dans le projet de Convention comme compétence concurrente. Ceci est également l'approche adoptée par le Rapport Nygh / Pocar, Document préliminaire No 11 d'août 2000[1] ;

– si l'article 12(4) ne couvre pas les questions de violation du droit, alors, selon une autre approche, l'article 12(5) devient nécessaire pour que cela soit dit explicitement. En effet, la disposition de compétence exclusive de l'article 16 (4) de la Convention de Bruxelles, qui est quasiment identique au libellé de l'article 12(4) de l'avant-projet de Convention, a été interprétée par les tribunaux du Royaume-Uni comme incluant les actions portant sur la violation, bien que celles-ci ne soient pas mentionnées, dans tous les cas où l'invalidité est soulevée comme exception ou comme base d'une action en reconvention dans un litige portant sur la violation du droit. En raison de l'absence de toute autorité dont l'interprétation de la future Convention de La Haye aurait effet obligatoire, il convient d'éviter toute ambiguïté de cette nature.

À ce stade des discussions, aucune des deux interprétations ne semble prévaloir.

Article 12(6)

15 Il est apparu clairement que l'article 12(6) est seulement nécessaire si la compétence pour connaître des actions portant sur la violation du droit de PI (et d'autres, par ex. sur un contrat de licence) n'est pas exclusive à teneur de l'article 12(4). La question qui se pose ensuite est de savoir jusqu'où va la compétence d'un tribunal d'un État qui n'est pas l'État d'enregistrement, et notamment si ce tribunal peut juger de la validité « à titre incident ». Les experts indiquent que le concept de « question à titre incident » est bien différent dans les pays de droit civil et dans les pays de droit commun. Les délégations d'États de *common law* donnent des exemples dans lesquels, selon eux, la validité du droit se pose comme question à titre incident : la validité d'un brevet comme question à titre incident de licéité d'un partage de biens selon un testament (oui) ; la validité d'un brevet comme question à titre incident dans un litige portant sur la violation du droit (non, parce que la validité et la violation sont si étroitement liées que cette question est considérée se poser à titre principal et non incident) ; la validité d'un brevet dans un litige ayant pour objet un contrat de licence (oui ou non, en fonction des circonstances).

[1] Ci-dessus p. 206 du présent tome.

8 A number of delegations, including Switzerland, Finland and Sweden, supported a more flexible view: co-ordination between the proceedings on validity and on infringement can be ensured by other ways than by providing that the court of the place of registration of the IP right has exclusive jurisdiction to hear all matters related to this right (validity issues as well as infringement issues), for instance, by a suspension of proceedings by the court seised with the infringement claim, pending a decision on the validity by the court of the place of registration of the IP right (this latter option would require an adaptation of Art. 22). The delegation of Germany observed, however, that in the case of the European "bundle patent" granted under the European Patent Convention (EPC), this could mean that a court seised with infringement proceedings concerning a bundle of, *e.g.*, 13 national patents would then have to invite the parties to bring validity proceedings in each of the 13 countries concerned. The delegation of the United Kingdom strongly opposed such multiplication of litigation.

9 The delegations opposed to extending exclusive jurisdiction of the country of registration also to infringement claims equally pointed out that in so far as patent disputes were arbitrable, it seemed inconsistent to confer exclusive jurisdiction for such disputes upon State courts.

10 The expert of the International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI) raised another question to be taken into account: how to deal with IP rights which are registered in a non-Contracting State since Article 12(4) only refers to Contracting States (does Art. 12(4) have a so-called reflex effect?). He added that this question had not been solved in the Brussels and Lugano Conventions.

Trademarks and unregistered rights

11 An expert from the industry (International Trademark Association, INTA) indicated that in its current wording Article 12(4) would not encompass American trademarks, since, in the United States of America, common law trademarks are not required to be registered. They are acquired by use of the mark and may, but do not have to, be registered. She further suggested that coverage by the future Convention be limited to rights covered by the TRIPS Agreement. Another expert drew attention to the phenomenon of "well-known trademarks" under the Paris Convention, which are protected whether they are registered or not, and which could create problems in relation to the exclusive jurisdiction clause.

12 An expert from the United Kingdom emphasised that registered rights, common law rights and allied rights should all be treated in the same way. However, he said that his country had no experience so far with trying to distinguish between registered and unregistered trademarks under the Brussels or Lugano Conventions, which both make this distinction. Another expert noted that it was difficult to localise an unregistered trademark. In any event, under the Brussels or Lugano Convention, the defendant's forum would still be available. Finally, an expert mentioned that the question of the validity of a trademark is only seldom raised in a licence agreement litigation, as in general the licensee has no interest to obtain the invalidation of the mark he has been granted the right to use in his business by the license.

13 The Chair noted that there seemed to be no consensus at this stage on the question whether to include infringement in the scope of any exclusive jurisdiction rule for registered patents and trademarks. She pointed out that even if both questions of validity and of infringement would fall under the same jurisdiction, they would not necessarily be tried before the same judge within that jurisdiction.

Article 12(5)

14 It was noted that the inclusion of Article 12(5) in the draft Convention might depend on whether infringement would fall under the exclusive jurisdiction clause of Article 12(4). The Chair indicated that there were two possible interpretations in that respect:

– if infringement is included in Article 12(4), Article 12(5) could remain in the draft Convention as a concurring jurisdiction. This is also the view taken in the Nygh / Pocar Report, Preliminary Document No 11 of August 2000;[1]

– if Article 12(4) does not cover infringement, then, according to another opinion, Article 12(5) becomes necessary to make this explicit. The reason for this is that the exclusive jurisdiction provision in Article 16 (4) of the Brussels Convention, although almost identical to Article 2(4) of the preliminary draft Convention, has been interpreted by courts of the United Kingdom as including infringement actions, although not mentioned, whenever invalidity is raised as a defence or counter-claim in infringement proceedings. Given the absence of any binding authority for the interpretation of a future Hague Convention, any similar ambiguity therefore has to be avoided.

At this stage, there was no clarity as to which interpretations should prevail.

Article 12(6)

15 It became clear that Article 12(6) is only necessary if the jurisdiction for infringement (and others, *e.g.*, licence litigation) actions is not exclusive under Article 12(4). The question then is how far the jurisdiction of a court in any State other than the State of registration reaches, namely if this court may decide on validity "as an incidental question". The point was raised that the concept of "incidental question" is quite different in civil law and common law countries. Delegations from common law countries gave examples of validity as a possible incidental question according to their understanding: validity of a patent as incidental to the lawfulness of the distribution of assets according to a will (yes); validity of a patent as incidental to an infringement suit (no, because infringement and validity were so closely intertwined that the question is regarded as "essential", not incidental), validity of patent in license litigation (yes or no, depending on the factual circumstances).

[1] *Supra* p. 207 of this tome.

Report on Intellectual Property

16 La notion de « question à titre incident » ne pose pas de problème particulier à un civiliste, puisqu'un tel jugement n'a pas d'effets *erga omnes* et puisque ce point peut toujours être rejugé à un stade ultérieur par un autre juge. Un expert demande quel serait l'effet d'une décision à titre incident sur la validité dans l'État d'enregistrement du droit de PI. Il est d'avis que le tribunal saisi d'une action portant sur la violation du droit devrait pouvoir suspendre l'instance et attendre la décision sur la validité rendue par le tribunal du lieu d'enregistrement du droit. De plus, certains experts prévoient des problèmes de droit de la concurrence si, sur le même marché, un droit appartenant à l'ayant droit X est invalidé ou annulé (à titre incident, et par conséquent avec effet entre les parties uniquement) dans les relations entre X et Y (suite à une procédure les opposant sur la question de la violation du droit), alors que le même droit est considéré valable dans les relations entre X et n'importe quel tiers.

17 Les experts ne sont parvenus à aucune conclusion en ce qui concerne l'article 12(6).

Autres chefs de compétence (en particulier l'art. 10)

18 Le critère de la prévisibilité posé à l'article 10(1) *b)* est discuté en relation avec le principe de territorialité des droits de PI. À cet égard, plusieurs experts indiquent que le critère de la prévisibilité pourrait poser problème, par exemple dans les cas de responsabilité objective. En réponse à cette remarque, d'autres délégations font observer que dans ces cas, le critère de la prévisibilité est tout simplement superflu.

19 Selon un expert, en raison de la territorialité des droits de PI, la violation du droit et le dommage se produiront toujours dans le même État, sauf peut-être en ce qui concerne l'Internet. Le critère de la prévisibilité ne devient pertinent que si l'on suit l'approche contraire, c'est-à-dire dans les cas où l'application des critères des alinéas *a)* et *b)* mènerait à des juridictions différentes. Certains experts craignent qu'une interprétation extensive de l'article 10(1) *b)* entraîne comme conséquence qu'un dommage purement économique constituerait un rattachement pour la compétence et soulignent qu'une telle interprétation n'est pas souhaitable. La Présidente fait référence au Rapport Nygh / Pocar (No 143), qui explique que l'article 10(1) *b)* exclut le dommage indirect.

20 Un expert pose la question de savoir si le champ d'application de l'article 10(1) ne devrait pas être limité pour ce qui concerne la violation des droits de PI par le biais de l'Internet. À cet égard, on fait remarquer qu'une personne qui rend quelque chose accessible sur l'Internet, qui est légale dans son pays, ne peut pas prévoir que cette même chose sera illégale dans un autre pays où le téléchargement a lieu.

21 La Présidente conclut qu'à ce stade de la discussion un consensus semble se dessiner sur le fait que dans les cas de violation de droits de PI, l'acte et le dommage se produisent au même endroit, dans le même État, et que par conséquent, le critère de la prévisibilité s'avère superflu. Cette conclusion est contestée par une délégation. La Présidente indique que les opinions semblent cependant partagées sur la question de l'Internet et que peut-être des « *safe harbour clauses* » seraient une option à considérer.

III LES RÈGLES DE COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE DROITS D'AUTEUR

22 Les experts discutent l'opportunité d'étendre aux droits d'auteur le champ d'application de la compétence exclusive prévue par l'article 12(4) de l'avant-projet de Convention. Un expert fait observer qu'en matière de droits d'auteur, les questions de compétence et de droit applicable sont très étroitement liées et que le principe de l'État de protection (« *country of protection principle* ») n'est pas reconnu aussi largement en matière de droits d'auteur qu'il ne l'est en matière de brevets et marques. Dans certains États, les droits d'auteur doivent être enregistrés, dans d'autres ils sont créés de plein droit mais peuvent faire l'objet d'un enregistrement (par ex. aux États-Unis d'Amérique). Enfin, dans un troisième groupe de pays, les droits d'auteur sont créés et existent sans aucune formalité ou enregistrement. À cet égard, un expert indique qu'il est difficile de localiser des droits d'auteur non enregistrés, dans la mesure où ils n'ont pas de rattachement visible. Une fois qu'un droit d'auteur existe dans un État (qu'il soit enregistré ou non), il existe aussi dans les autres États par l'effet de conventions internationales (Convention de Berne) et de principes coutumiers. D'où l'importance de regrouper toutes les actions initiées à l'encontre d'un contrefacteur en vertu de droits différents auprès d'un seul tribunal.

23 Les experts discutent brièvement de l'incidence des articles 4, 6 et 10 de l'avant-projet de Convention sur les droits d'auteur.

24 La Présidente résume la discussion en notant qu'aucun expert n'a exprimé son soutien en faveur d'une compétence exclusive en matière de droits d'auteur, enregistrés ou non.

IV AUTRES QUESTIONS

a *Mesures provisoires et conservatoires (art. 13)*

25 Les experts se demandent si des questions particulières de PI se posent en rapport avec l'article 13. Il est souligné que la notion de « bien » dans le libellé actuel de l'article 13(2) n'est pas définie. Selon certains experts, la notion de « bien » doit être interprétée largement, incluant tant les biens matériels que les biens immatériels. L'article 13 s'appliquerait alors aussi aux droits de PI. Un expert est d'avis que la possibilité d'obtenir des mesures provisionnelles à l'encontre d'un fournisseur de service devrait être incluse dans l'article 13. Un autre expert suggère de remplacer « et » par « ou » à la fin de l'article 13(3) *a)*.

b *Article 37*

26 Les experts de la Commission européenne rappellent que, suite au remplacement de la Convention de Bruxelles I par les dispositions générales d'un Règlement du Conseil, toute clause de déconnexion devra couvrir les régimes spécifiques concernant la compétence internationale prévus par la législation communautaire secondaire, en particulier ceux qui traitent de droits de PI communautaires (marque communautaire, droit communautaire de l'horticulteur ou du pépiniériste qui a créé une nouvelle variété de plantes et, dans un proche avenir, le dessin communautaire et le brevet communautaire).

27 À titre d'exemple, le Règlement (CE) No 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire prévoit que l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), une institution communautaire basée à Alicante (Espagne), est compétent pour juger des actions directes concernant la résiliation ou l'invalidité d'une marque communautaire. Ces décisions sont sujettes à recours auprès du Tribunal de première instance et, pour des questions de droit uniquement, à un recours supérieur auprès de la Cour de justice des Communautés européennes. Toutefois, en l'absence de tout recours, ces décisions ont valeur de chose jugée dans tous les États membres de

Rapport propriété intellectuelle

16 For a civil lawyer, there is no particular problem with the "incidental question" concept since a judgment does not have *erga omnes* effects with respect to an "incidental question" and since the question can always be re-decided at another stage by another judge. One expert asked what would be the effect of a decision on validity as an "incidental question" in the State of registration of the IP right. He was of the opinion that the court seised by an infringement claim should be able to suspend and wait for a decision on the validity of the right rendered by the court of the place of registration of this right. Moreover, some experts saw problems arising under competition law if, on the same market, a right held by owner X was (incidentally, and therefore only with effect *inter partes*) held to be invalid in the relations between X and Y (following infringement proceedings between them), while the same right was held to be valid in the relations between X and everyone else.

17 No final conclusion was reached in respect of Article 12(6).

Other grounds of jurisdiction (in particular Art. 10)

18 The foreseeability test posed in Article 10(1) *b)* was discussed in relation to the principle of territoriality of IP rights. In that respect, several experts raised the concern that the foreseeability test could create problems, *e.g.*, in cases of strict liability. In response to this remark, other delegations pointed out that in such cases the foreseeability test was simply redundant.

19 It was noted that because of the territoriality of IP rights, the act of infringement and the injury will, according to one opinion, always occur in the same jurisdiction, with the possible exception of the Internet. The foreseeability test would only come into play if one follows the opposite approach, *i.e.*, in cases in which the criteria of sub-paragraphs *a)* and *b)* would lead to different jurisdictions. Certain experts were concerned about giving a wide interpretation to Article 10(1) *b)*, which could have as a consequence that pure economic loss would grant a basis for jurisdiction, and emphasised that this is not desirable. The Chair referred to the Nygh / Pocar Report (No 143), which explains that Article 10(1) *b)* excludes indirect harm.

20 The question was asked whether the scope of Article 10(1) should not be limited for infringements on IP rights made via the Internet. It was said in that respect that an individual who puts something on the web which is legal in his country cannot foresee that it is illegal in another country where the downloading occurs.

21 The Chair noted that at this stage of the discussion there seemed to be a consensus that in infringement cases act and injury fall together, in the same State, and that therefore the foreseeability test is redundant. This was contested by one delegation. However, the Chair indicated that opinions seemed divided on the question of the Internet, and that maybe safe harbour clauses would be an option to consider.

III JURISDICTION RULES CONCERNING COPYRIGHT

22 The experts discussed whether copyrights should also fall under the scope of exclusive jurisdiction provided for by Article 12(4) of the preliminary draft Convention. It was pointed out that in the field of copyrights, questions of applicable law and jurisdiction are very closely linked and that the country of protection principle is not so widely recognised with respect to copyrights as it is for patents and trademarks. In some countries, copyrights are required to be registered, in other countries they are created by operation of law but may be registered (for instance, in the United States of America), and in a third group of countries they come into being and exist without formalities or registration. In that respect, it was mentioned that non-registered copyrights are difficult to localise, since there is no visible attachment. Once a copyright exists in one country (whether registered or not), it also exists in other countries by the effect of international conventions (Bern Convention) and customary principles. Hence, the importance of consolidating all the claims against a copier under different laws in one single court.

23 The experts then discussed briefly the implications of Articles 4, 6 and 10 of the preliminary draft Convention for copyrights.

24 The Chair summed up the discussion by noting that none of the experts had supported exclusive jurisdiction for copyrights, whether registered or not.

IV OTHER QUESTIONS

a *Provisional and protective measures (Art. 13)*

25 The experts discussed whether there were particular IP questions to be addressed in Article 13. It was pointed out that the concept of "property" in the present Article 13(2) was not defined. According to some experts, the meaning of "property" should be understood widely, including both tangible and intellectual property. Article 13 would then also be applicable with respect to IP rights. One expert indicated that the possibility to take provisional measures against a service provider should be included in Article 13. Another expert suggested replacing "and" by "or" at the end of Article 13(3) *a)*.

b *Article 37*

26 The experts of the European Commission recalled that, further to the general rules of the Council Regulation having replaced the Brussels I Convention, any disconnection clause will have to cover the specific regimes concerning jurisdiction which are contained in Community secondary legislation, in particular those dealing with unitary Community IP rights (Community trade mark, Community breeder's right in a new plant variety and, in a very near future, Community design rights and a Community patent).

27 To give an example, Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark stipulates that the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM), a Community agency located at Alicante (Spain), has jurisdiction to decide direct actions concerning the revocation or the invalidity of the Community trade mark. Such decisions are subject to appeal before the Court of First Instance and, on points of law only, to further appeal to the Court of Justice of the European Communities, but, if they are not appealed, they have the value of *res judicata* in the EU

l'Union européenne. Un nombre limité de tribunaux spécialisés des États membres s'est vu conférer la compétence de connaître des actions portant sur la violation d'une marque communautaire selon un ensemble de règles de conflit qui permet au demandeur de choisir dans chaque cas un des deux fors suivants :

– le tribunal du lieu où les actes constituant la violation ont été commis, dont la compétence territoriale est limitée au pays du tribunal saisi, ou

– le tribunal de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié, dont la compétence s'étend à tout le territoire de l'Union européenne. Si le défendeur n'est pas domicilié dans l'Union européenne, des règles de compétences subsidiaires mènent dans chaque cas à la désignation d'un tribunal qui dispose de cette compétence étendue (dans l'État membre dans lequel le défendeur a un établissement ; si ceci n'est pas applicable, dans l'État membre dans lequel le demandeur est domicilié ; si ceci n'est pas applicable, dans l'État membre dans lequel le demandeur a un établissement ; finalement, si aucun de ces critères ne s'applique, les tribunaux espagnols sont compétents, l'Espagne étant le pays où est établi l'OHMI).

28 Ces règles s'appliquent également aux défendeurs domiciliés dans des pays tiers. Tous les tribunaux compétents pour juger d'une action en violation du droit, que cette compétence soit limitée territorialement ou non, sont également compétents pour décider de la validité d'une marque communautaire, si la question est soulevée par demande reconventionnelle à l'action portant sur la violation. Une décision de résiliation ou invalidation de la marque a un effet *erga omnes* sur tout le territoire de l'Union européenne. Les clauses d'élection de for ou l'acceptation tacite de la compétence par le défendeur qui se présente devant un tribunal qui n'est pas compétent selon les règles précitées sont possibles, mais uniquement devant l'un des tribunaux spécialisés désignés par les États membres. Ces tribunaux sont également compétents pour juger de la validité de la marque communautaire, si la question est soulevée dans une demande reconventionnelle, avec effet *erga omnes* et pour tout le territoire de l'Union européenne.

29 La clause de déconnexion devrait aussi protéger les développements futurs comme la proposition actuelle de la Commission d'un règlement sur le brevet européen, qui prévoit, à la place des tribunaux nationaux, la création de nouveaux tribunaux communautaires qui seraient exclusivement compétents pour juger des actions portant sur la validité et la violation des futurs brevets communautaires.

30 Il est également rappelé que, outre la protection du fonctionnement du système interne communautaire, la clause de déconnexion couvrirait également d'autres systèmes régionaux comme la Convention de Lugano en Europe ou d'autres accords conclus dans d'autres régions du monde (par ex. Mercosur).

31 Les experts discutent de la Convention sur le brevet européen. Cet instrument, auquel 20 États européens sont Parties au moment de la rédaction, prévoit la création d'un brevet européen au terme d'une procédure centralisée auprès du Bureau européen des brevets à Munich. Une fois accordé, le brevet se présente comme un faisceau de brevets nationaux dans chacun des États désignés. Pour les procédures portant sur la validité du brevet, le demandeur doit agir dans chaque juridiction désignée dans le brevet. La compétence pour juger d'une action portant sur la violation d'un brevet européen est régie dans les pays de l'Union européenne et de l'AELE par les Conventions parallèles de Bruxelles et Lugano. En cas de violation du brevet dans plusieurs États, les causes peuvent être jointes devant le tribunal du domicile du défendeur, ou, s'il y a plusieurs codéfendeurs, devant le tribunal du siège du défendeur principal selon la formule de « la toile d'araignée » (*spider in the web*). Un Protocole additionnel à la Convention sur le brevet européen est actuellement en cours de négociation. L'idée est d'instaurer à l'avenir un tribunal international commun qui serait compétent pour juger des questions de validité et de violation des brevets européens. La participation à ce tribunal commun serait facultative pour les États parties à la Convention sur le brevet européen.

32 À la demande de la délégation des États-Unis d'Amérique, les experts de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne s'engagent à envoyer au Bureau Permanent une liste de tous les instruments européens pertinents dans ce domaine ainsi que le texte de ces instruments en langues anglaise et française. À la demande de la délégation allemande, la Présidente rappelle à toutes les délégations nationales de fournir au Bureau Permanent le texte de tous les instruments pertinents auxquels leur État est Partie et qu'il souhaite voir pris en compte dans le cadre d'une clause de déconnexion. La délégation des États-Unis demande aux autres délégations d'indiquer aussi *comment* ils envisagent une telle clause de déconnexion.

V CHAMP D'APPLICATION DE L'AVANT-PROJET DE CONVENTION ET DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

33 La Présidente demande aux experts si, en conclusion, les droits de PI doivent entrer dans le champ d'application du projet de Convention.

34 Un expert du Royaume-Uni indique que son pays est très inquiet à l'idée d'une division des compétences en matière de validité d'une part et de violation du droit d'autre part, en particulier pour ce qui concerne les brevets. Selon lui, si une approche uniforme pour les brevets s'avère impossible, toute la question de la propriété intellectuelle devrait être exclue du projet de Convention.

35 Plusieurs experts (de la Suisse, de l'Espagne, de l'Allemagne, de la France et de la Chambre de Commerce Internationale) soutiennent l'idée de garder les droits de PI à l'ordre du jour et de les inclure dans le champ d'application du projet de Convention. Leurs arguments principaux à l'appui d'une inclusion des droits de PI dans le projet de Convention sont les suivants : la propriété intellectuelle joue un rôle de plus en plus important dans la pratique et, parce que les questions de PI sont si étroitement liées à d'autres questions comme le droit des contrats ou le droit commercial, l'exclusion de cette matière du projet de Convention mènerait de grandes difficultés dans l'application de la Convention[2].

VI TRAVAUX FUTURS

36 Les experts discutent de la planification des travaux futurs, en vue de la réunion qui aura lieu à Ottawa du 26 février au 2 mars 2001. Les experts suggèrent qu'outre le commerce électronique, les sujets suivants soient abordés à Ottawa :

– les droits de propriété intellectuelle ;

– les mesures provisoires et conservatoires ;

– la compétence fondée sur l'activité ;

– la clause de déconnexion de l'article 37.

[2] La délégation des États-Unis d'Amérique a demandé qu'il soit noté ici que la plupart des commentaires du secteur privé qu'elle a reçus et distribués expriment une opposition à l'inclusion des droits de PI dans le champ d'application de la Convention (voir *supra*, Commentaires d'ordre général).

Member States. A limited number of specialised courts of the Member States have been given jurisdiction to hear actions of infringement of Community trade marks according to a set of rules of conflict which allow the plaintiff in each case to choose among two possible fora:

– the court of the place where the acts of infringement have been committed, having a territorial jurisdiction limited to the country where the court is situated, or

– the court of the Member State where the defendant has his domicile, with a jurisdiction extending to the whole territory of the EU. If the defendant has no domicile within the EU, a number of subsidiary jurisdiction rules lead in each case to the determination of a court with this broad jurisdiction (in the Member State where the defendant has an establishment; if this does not apply, in the Member State where the plaintiff has his domicile; if this does not apply, in the Member State where the plaintiff has an establishment; finally, if none of these criteria apply, before the Spanish courts, Spain being the country which hosts the OHIM).

28 These rules apply also to defendants domiciled in third countries. Each of the courts having jurisdiction for infringement, territorially limited or not, also has jurisdiction to decide the issue of validity of the Community trade mark, if the issue is raised by counter-claim in the infringement action. If the court revokes or invalidates the trademark, the effect is *erga omnes* and on the whole territory of the EU. Agreements of choice of forum or the entering of an appearance by the defendant before a court which has no jurisdiction under the previous rules are possible, but exclusively before one of the specialised national courts designated by the Member States. Such courts are also entitled to deal with the validity of the trademark if the issue is raised as a counter-claim, with effect *erga omnes* and for the whole territory of the EU.

29 The disconnection clause should also safeguard future developments like the one presently envisaged by the Commission proposal for a Regulation on the Community patent, where, instead of national courts, new Community tribunals are provided with exclusive jurisdiction in matters of validity and infringement of the future Community patents.

30 It was also recalled that, apart from the task of safeguarding the functioning of the internal Community system, the disconnection clause should also cover other regional systems like the Lugano Convention in Europe or other Agreements which might have been concluded in other regions of the world (*e.g.*, Mercosur).

31 The experts discussed the European Patent Convention. This instrument, to which at the time of writing 20 European States were Parties, provides for the grant of the European patent by a centralised procedure before the European Patent Office in Munich. After it has been granted, the patent operates as a bundle of national patents in each of the States designated. For validity proceedings, the plaintiff has to sue in each of the jurisdictions of the States designated in the patent. The jurisdiction for infringement actions concerning a European patent is governed in the EU and EFTA States by the Brussels Convention and the parallel Lugano Convention. In case of infringement of the patent in several States, the actions can be consolidated before the court of the defendant's domicile, or, if there are several co-defendants, before the court of the seat of the main defendant under the so-called "spider in the web" formula. An Additional Protocol to the European Patent Convention is at present being negotiated. The idea is to set up in future a common international court where validity and infringement issues of European patents would be heard. Participation in this common court would be optional for the States Parties to the European Patent Convention.

32 At the request of the delegation of the United States of America, the experts of the European Commission and the Council of the European Union committed themselves to send to the Permanent Bureau a list of all the relevant European instruments in this field as well as the texts of those instruments in English and French. Upon request of the delegation of Germany, the Chair reminded the delegations to provide the Permanent Bureau with the text of all relevant instruments to which they were a Party and which they wanted to be considered within the framework of a disconnection clause. The United States delegation requested that delegations also indicate *how* such disconnection should be envisaged.

V SCOPE OF THE PRELIMINARY DRAFT CONVENTION AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

33 The Chair asked whether, in conclusion, IP rights should fall under the scope of the draft Convention.

34 An expert from the UK indicated that his country was very concerned about the idea of splitting jurisdiction for validity and infringement, especially for patents. If a uniform approach for patents cannot be found, the whole question should be kept out of the draft Convention.

35 Several experts (of Switzerland, Spain, Germany, France and the International Chamber of Commerce) expressed their support for keeping IP rights on the agenda and including these rights in the scope of the draft Convention. Their main arguments in favour of retaining IP in the draft Convention were the fact that IP plays an increasingly important role in practice and that, because IP questions are so closely linked to other questions such as contract law or commercial law, carving them out of the draft Convention would lead to great difficulties in applying the Convention.[2]

VI FUTURE WORK

36 The experts discussed the planning of future work, in view of the meeting which will be held in Ottawa from 26 February to 2 March 2001. The experts suggested that in addition to e-commerce, the following topics should be discussed in Ottawa:

– intellectual property rights;

– provisional and protective measures;

– the activity based rule for jurisdiction;

– the disconnection clause of Article 37.

[2] The delegation of the United States of America has requested that it be noted here that most of the private sector comments received and distributed by the United States delegation express opposition to inclusion of IP rights within the scope of the Convention (see *supra*, General comments).

37 Les experts sont invités à présenter leurs suggestions et / ou des documents de travail en préparation de la prochaine réunion.

38 La Présidente confirme la déclaration de la délégation de la France selon laquelle ces sujets doivent être traités en se fondant sur le texte de l'avant-projet de Convention de 1999. La délégation des États-Unis d'Amérique émet une objection à cette suggestion en rappelant aux experts que la décision de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de mai 2000 de continuer les travaux jusqu'en juin 2001 sur une base consensuelle ne s'accorde pas avec la négociation des termes d'un texte non consensuel, et que pour parvenir à un consensus, toutes les délégations doivent travailler ensemble à la rédaction d'un texte de Convention qui recueille un soutien plus large.

39 La Présidente conclut la discussion en notant qu'à son avis les deux positions sont conciliables, puisqu'en définitive, cela ne fera aucune différence de prendre l'avant-projet de 1999 comme point de départ pour ensuite supprimer les passages sur lesquels un consensus ne s'est pas fait, ou de partir de rien, comme le suggère la délégation américaine, mais en utilisant les éléments de l'avant-projet de 1999 sur lesquels il y a consensus.

37 The experts were invited to present suggestions and / or working papers in preparation of the forthcoming meeting.

38 The Chair affirmed the statement of the delegation of France that issues be dealt with by working from the 1999 preliminary draft Convention text. The delegation of the United States of America objected to this suggestion, reminding those present that the decision of the Special Commission on General Affairs and Policy of May 2000 to proceed through June 2001 on a consensus basis was inconsistent with debating language in a non-consensus text, and that a consensus process requires that all delegations work to build up a Convention text on which broader agreement exists.

39 The Chair concluded the discussion by stating that the two positions could in her view be reconciled because, ultimately, it would not make a difference whether one started from the 1999 draft and deleted those parts on which there was no consensus, or whether one started from scratch, as suggested by the United States delegation, but making use of those elements of the 1999 draft on which there was consensus.

ANNEXE / ANNEX

Liste des participants à la réunion d'experts du 1er février 2001 (Genève)

List of participants at the meeting of experts of 1 February 2001 (Geneva)

EXPERTS DES ÉTATS MEMBRES REPRÉSENTÉS – EXPERTS OF THE MEMBER STATES REPRESENTED

Allemagne/Germany
Mr *Rolf Wagner*, *Ministerialrat*, Federal Ministry of Justice, Berlin
Mr *Dietrich Welp*, *Ministerialrat*, Federal Ministry of Justice, Berlin
Ms *Andrea Schulz*, *Regierungsdirektorin*, Federal Ministry of Justice, Berlin

Australie/Australia
Mr *David M.J. Bennett*, Q.C., Solicitor-General of Australia, Sydney
Ms *Jessica Wyers*, Assistant Director, Development & Legislation, IP Australia, Woden
Ms *Annabelle Bennett*, Barrister, Sydney

Belgique/Belgium
M. *Jean-Pierre Bedin*, conseiller adjoint, Administration de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles

Bulgarie/Bulgaria
Mrs *Simona Takova*, Head of Private International Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Sofia

Canada
Ms *Anna Marie Labelle*, Industry Canada, Legal Services, Commercial Law Division, Ottawa

Chine/China
Mr *Hu Bin*, Third Secretary, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Ms *Liu Xiaoyan*, Official, Treaty And Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Ms *Wang Yanhong*, Official, National Bureau of Intellectual Property, Beijing
Ms *Leung Ka-Lai Ada*, Senior Solicitor, Intellectual Property Department, Hong Kong Special Administrative Region

République de Corée/Republic of Korea
Mr *Suk Kwang Hyun*, Professor, College of Law, Hanyang University, Seoul

Croatie/Croatia
Mr *Krešimir Sajko*, Professor, Chair of Private International Law at the Zagreb Faculty of Law; Director of the Institute of International and Comparative Law, Zagreb

Espagne/Spain
Ms *Cristina González Beilfuss*, Professor of Private International Law, Barcelona University
Ms *Ana Parades Prieto*, Counsellor, Spanish Mission

États-Unis d'Amérique/United States of America
Ms *Jennifer Lucas*, Office of Legislative and International Affairs, U.S. Patent and Trademark Office, Arlington, VA
Mr *Michael S. Keplinger*, Office of Legislative and International Affairs, U.S. Patent and Trademark Office, Arlington, VA
Mr *Michael Donohue*, Federal Trade Commission, Washington, DC
Mr *Ronald Brand*, Professor, University of Pittsburgh Law School, Pittsburgh, PA
Mr *Marc Pearl*, Shaw Pittman, Washington, DC
Ms *Manon Ress*, Essential Information, Washington, DC
Ms *Marla C. Poor*, U.S. Copyright Office, Office of Policy and International Affairs, Library of Congress, Washington, DC

Finlande/Finland
Mr Justice *Gustaf Möller*, Supreme Court of Finland, Helsinki

France
M. *Olivier Tell*, magistrat à l'administration centrale du Ministère de la Justice, Service des Affaires européennes et internationales, Paris
Mme *Anne Verron*, chargée de mission, Service du droit international et communautaire, Paris
Mme *Michèle Weil-Guthmann*, conseiller à la Représentation permanente de la France auprès de l'Office des Nations Unies, Genève, Suisse
Mme *Anne le Morvan*, chargée de mission au Bureau de la propriété littéraire et artistique, Ministère de la Culture, Paris

Irlande/Ireland
Mr *Feargal O'Dubhghaill*, Office of the Attorney General, Dublin

Japon/Japan
Mr *Masato Dogauchi*, Professor, Faculty of Law, University of Tokyo
Mr *Shunichi Enomoto*, Deputy Director, Industrial Property Legislation Office, Patent Office, Tokyo
Mr *Kentaro Endo*, Deputy Director, International Affairs Division, Copyright Office, Agency For Cultural Affairs, Tokyo
Mr *Hidetaka Kinami*, Official, International Affairs Division, Copyright Office, Agency for Cultural Affairs, Tokyo
Mr *Takashi Yamashita*, First Secretary, Permanent Mission of Japan to the International Organizations in Geneva, Switzerland
Mr *Toru Sato*, First Secretary, Permanent Mission of Japan to the International Organizations in Geneva, Switzerland

Norvège/Norway
Mr *Jostein Sandvik*, Legal Advisor, Norwegian Patent Office, Oslo

Pays-Bas/Netherlands
M. *A.V.M. (Teun) Struycken*, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue ; président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé
M. *Frans J.A. van der Velden*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye
Mr *Ton Heukels*, Co-ordinating Legal Adviser, Ministry of Justice, The Hague

Roumanie/Romania
Mrs *Rodica Parvu*, Director General, Romanian Office for Copyright, Bucharest
Mrs *Constanta Moraru*, Head of International Co-operation Department, Romanian State Office for Inventions and Trademarks, Bucharest

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *Justice Laddie*, Royal Courts of Justice, London
Mr *Trevor C. Hartley*, Professor of Law, London School of Economics and Political Science

Liste/List – Participants

Mr *Peter M. Beaton*, Head of Civil Justice and International Division, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh
Mr *Oliver Parker*, Legal Adviser, Lord Chancellor's Department, London
Ms *Liz Coleman*, Deputy Director, Intellectual Property Policy Directorate, Patent Office, London
Mr *W.R. Cornish*, Professor, Magdalene College, Cambridge

Slovénie/Slovenia
Mr *Kreso Puharič*, Professor, Faculty of Economics; Chair of Law Department, Ljubljana

Suède/Sweden
Ms *Cecilia Renfors*, Director, Division of Procedural Law and Civil Enforcement, Ministry of Justice, Stockholm
Mr *Henry Olsson*, Special Government Adviser, Ministry of Justice, Stockholm
Mr *Michael Hellner*, Special Adviser, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
M. *Alexander R. Markus*, chef de Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Andreas Bucher*, professeur à l'Université de Genève
M. *Stefan Luginbühl*, conseiller juridique, Division Droit & Affaires internationales, Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Berne

Turquie/Turkey
Mrs *Hülya Çetin*, Inspection Judge at the European Union Co-ordination Department, Ministry of Justice, Ankara

OBSERVATEURS – OBSERVERS

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle/ World Intellectual Property Organization
Ms *Joëlle M. Rogé*, Director-Advisor, WIPO Sector for Progressive Development of International Intellectual Property Law, Geneva, Switzerland
Mr *Alan Datri*, Head, Industrial Property Law Enforcement Section, WIPO Industrial Property Law Division, Geneva, Switzerland
Mr *Philippe Berchtold*, Head Patent Law Section, WIPO Industrial Property Law Division, Geneva, Switzerland
Mr *Christian Wichard*, Senior Legal Officer, Trademark Law Section, WIPO Industrial Property Law Division, Geneva, Switzerland

Commission européenne/European Commission
Mme *Anne-Marie Rouchaud*, administrateur principal, Service juridique, Bruxelles, Belgique
Mme *Mirjam Söderholm*, administrateur principal, DG Markt, Bruxelles, Belgique
Mr *Michael Wilderspin*, Administrator in the Unit "Judicial cooperation in civil matters", Brussels, Belgium
M. *Christian Auinger*, expert national, DG Markt, Bruxelles, Belgique
Mr *Vincenzo Scordamaglia*, Expert, Athens, Greece

Conseil de l'Union européenne/Council of the European Union
M. *Fernando R. Paulino Pereira*, administrateur principal à la Direction générale «H» (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général, Bruxelles, Belgique

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Chambre de Commerce Internationale/International Chamber of Commerce
Mr *Stefan Bernhard*, Senior Partner, Lagerlöf & Leman, Stockholm, Sweden

International Trademark Association
Ms *Judith Sapp*, Preti, Flaherty, Beliveau, Pachios & Haley, LLC, Portland, ME, United States of America

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle
Mr *Sierd J. Schaafsma*, De Brauw Linklaters & Alliance, The Hague, Netherlands

International Federation of the Phonographic Industry
Ms *Maria Martin-Prat*, Deputy General Counsel, Director of Legal Policy, International Federation of the Phonographic Industry, London, United Kingdom
Ms *Ute Decker*, Legal Advisor, Legal Policy Department, International Federation of the Phonographic Industry, London, United Kingdom
Ms *Shira Perlmutter*, Vice-President and Associate General Counsel, Intellectual Property Policy, AOL Time Warner Inc., New York, NY, United States of America
Mr *Yoshio Kumakura*, Chairman of the Committee of the draft Hague Convention, Japan Patent Attorneys Association, Tokyo, Japan

Présidente de la Réunion/Chair of the Meeting
Ms *Andrea Schulz*, *Regierungsdirektorin*, Federal Ministry of Justice, Berlin, Germany

SECRÉTARIAT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE – HAGUE CONFERENCE SECRETARIAT

M. *Hans van Loon*, Secrétaire général / Secretary General
M. *Christophe Bernasconi*, Premier secrétaire / First Secretary

Secrétaire rédacteur/Recording Secretary
Mme *Alexandra Schluep*

Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale

Comments on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

Document préliminaire No 14 d'avril 2001

Preliminary Document No 14 of April 2001

PREMIÈRE PARTIE / PART I – OBSERVATIONS DES ÉTATS MEMBRES / COMMENTS RECEIVED FROM MEMBER STATES

République de Corée/Republic of Korea

1 *Introduction*

We are pleased to comment on the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999 (the "Draft") from the viewpoint of Korean law.

Before commenting on the Draft, we would like to take this opportunity to express our profound gratitude to all the people who contributed to its preparation for their efforts in preparing an excellent preliminary draft after overcoming the difficulties resulting from the differences of approach and concept between common law and civil law jurisdictions. We would also like to express our deep respect to Professor Nygh and Professor Pocar for preparing such an excellent Report on the Draft (the "Report").[1] We believe that key members of several countries who played an important role in preparing the Draft and leading the discussion at the informal meetings and at the meetings of the Special Commission deserve special thanks and recognition for their outstanding work on, and dedication to, this project.

Preparing a Convention on international jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters is a very important step toward worldwide judicial co-operation by ensuring the free circulation of judgments at a worldwide level. At present, Korea is not a Party to any treaties or international agreements concerning international jurisdiction or the recognition and enforcement of foreign judgements.[2] Therefore, most questions of international jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments are governed by Korean law. Given the absence of written law on international jurisdiction in Korea, Korean courts have tried to establish rules on international jurisdiction which can ensure the appropriate allocation of international jurisdiction among countries, based upon the venue provisions of the Korean Code of Civil Procedure with some consideration of the "special circumstances" of each case. Korean Courts have tended to be flexible in order to reach the appropriate conclusion in each case. The Draft as such is of great value to Korean courts as a reference in forming rules on international jurisdiction.

[1] Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome.

[2] With respect to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, Korea acceded to the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958) in 1973.

The recognition and enforcement of foreign judgments is expressly governed by the Korean Code of Civil Procedure. While Korean courts dealt with the issue in accordance with the principle of reciprocity, they have recently begun to take a more forward-looking attitude. A recent judgment of a lower court, which recognised the judgment of a Chinese court, could be viewed as clear evidence of this tendency. The Convention is one of the many important projects of the Hague Conference on Private International Law in which Korea is interested. In 2000 Korea also acceded to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* (the "Hague Service Convention"). Prompted by these recent changes, many Korean scholars and lawyers have begun to show a great deal of interest in the activities and achievements of the Hague Conference on Private International Law.

Against this background, we would like to make some comments on the Draft from the viewpoint of Korean law. However, we would like to make clear that our comments below are not conclusive in nature and do not necessarily bind Korea's future position with respect to the Draft.

2 *General framework of the draft*

We believe that the approach of the Draft is both timely and relevant, and is superior to that of the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "1971 Hague Convention") in that the Draft regulates matters relating to international jurisdiction as well as the recognition and enforcement of foreign judgments. In addition, although it has not yet been finally settled, the attempt to make the Draft a "mixed convention" rather than a "double convention" is considered to be a pragmatic one, in order for the Convention to be accepted more widely.

The Draft attempts to set limits on the "grey zone" either by setting out the qualifier of "substantial connection" as a basic criterion with respect to jurisdictional issues for distinguishing between prohibited jurisdictions and permitted jurisdictions or by compiling an illustrative list of prohibited grounds of jurisdiction. Recognising this could compensate for the expected diminution in normativity which such a "mixed convention" approach could entail, Korea would like to suggest, for better clarity of the term "substantial connection", inserting the words "or the defendant" at the end of Article 18(1).

A further point related to a mixed convention which requires careful consideration is whether there is consistency between the provisions that refer to "national law" as a ground for exercising permitted jurisdictions. For example, third party claims appear to be matters falling within the permitted jurisdiction of the courts of a Contracting State in accordance with Article 16(1). However, Article 24 (Judgments excluded from Chapter III) does not include such claims in the list of judgments excluded from recognition and enforcement under the Convention, with the unreasonable result that they could be matters falling within the required jurisdiction of a State.[3] Additionally, Article 12(5) is not clear as to whether the proceedings on the infringement of patents fall within a permitted jurisdiction or a prohibited jurisdiction because the relevant provision simply refers to "the national law". In this regard, for the sake of clarity, Korea would like to add to the end of Article 12(5) the words "in accordance with Article 17".

Obviously, there are various provisions that are in conflict with current Korean statutes, legal precedents and scholarly opinions. However, we believe that if outstanding issues on

[3] See a detailed account of it in section 7 of these Comments.

the Draft are resolved in a satisfactory way, most of the provisions of the Draft would be acceptable to Korea.

We now turn to individual provisions of the Draft.

3 *Article 4 (Choice of court)*

Article 4 of the Draft does not include a requirement that the forum chosen should have any connection with the subject matter of the dispute or the parties in dispute. Recently, in a case in which a foreign forum had been chosen by the parties, the Supreme Court of the Republic of Korea rendered a decision to the effect that "a reasonable connection" should exist in order to validate such choice of forum.

There has been, thus far, only one case in Korea, which required "a reasonable connection" as a precondition for exercising its jurisdiction. However, the Supreme Court has never dealt with a case in which a domestic forum was chosen by foreign parties. Consequently, it is not clear as to whether the decision mentioned above represents general jurisprudence on this issue. We feel it is in line with the intentions of the Drafters to have a Convention of universal application to allow the parties in dispute the autonomy to choose the forum they wish. In this regard, the position of the Republic of Korea on the choice of forum is flexible.

4 *Article 6 (Contracts), Article 7 (Contracts concluded by consumers), Article 8 (Individual contracts of employment) and e-commerce*

We note that these provisions will need to be modified in order to appropriately regulate e-commerce-related jurisdictional issues as well as ordinary offline jurisdictional issues. In particular, we note that, in making the necessary modifications, the reasonable expectations of the e-businessperson should be fully considered and protected so long as he or she has made an express disclaimer and taken the necessary measures in a reasonable way to ensure that transactions in violation of the disclaimer are not effected with him or her.

According to Business-to-Consumer e-Commerce Statistics published by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in August 2000, although the Korean e-commerce industry is still in its infancy, total online sales amounted to USD 203 million for 1999, ranking tenth among OECD Member States. With the rapid increase in e-commerce transactions, this total rose significantly in 2000, to about USD 950 million. As a result, Korea has begun to pay more attention to consumer protection and plans to take relevant legislative measures, including amending the current e-commerce-related statutes.

5 *Article 7 (Contracts concluded by consumers) and Article 8 (Individual contracts of employment)*

We note that some Member States are strongly opposed to the current draft provisions. Although these Articles are in principle acceptable to Korea, we would be pleased to allow more flexibility to these Articles in order to accommodate the concerns of those countries.

6 *Article 9 (Branches [and regular commercial activity]) and activity based jurisdiction in general*

According to the phrase in the bracket of Article 9, a plaintiff may bring an action in the courts of a State where the defendant has carried on regular commercial activity, provided that the dispute relates directly to that regular commercial activity.

Since the informal meeting in Washington, however, Members have been discussing the possibility of inserting in the white list the concept of "activity based jurisdiction" as an independent ground of jurisdiction.

Current Korean law does not recognise international jurisdiction over a foreign entity based upon its regular commercial activity or any other activity in Korea unless such commercial activity is carried on by a branch, agency or other establishment of such entity in Korea. However, this does not mean that Korea is strongly opposed to providing in the Convention for an activity based jurisdiction. It would be sensible to subject a defendant to jurisdiction if he or she does business without having a branch, agency or other establishment in Korea but the cause of action arises from or is related to the defendant's activity in Korea. However, this position presupposes that the idea of "activity based jurisdiction" is clearly defined in the Draft so that it can be clearly distinguished from the concept of "doing business". It further supposes that parties are able to predict with reasonable certainty whether they may be subject to the jurisdiction of the State where they have engaged in an activity in question. To this end, instead of the abstract concept of "reasonableness" in American jurisprudence, a more real and definite criterion is required for such jurisdiction to be invoked.

In this regard, if the Convention is to contain a provision on an activity based jurisdiction, the Republic of Korea proposes that the grounds for exercising jurisdiction should be based on the substantial connection, not between the forum and the parties in dispute, but between the forum and the subject matter of the dispute. Otherwise, no one will be able to judge with certainty whether the nature, frequency or magnitude of his or her activity could constitute an activity subjecting him or her to the jurisdiction of a certain country. In particular, we are concerned that if not only "activity within the forum State" but also "out-of-State activity with foreseeable effects in the forum" could trigger the "activity based jurisdiction", then the "activity based jurisdiction" could be too broad. If Member States successfully come up with the "activity based jurisdiction" as a comprehensive independent ground of jurisdiction, the relationship between the "activity based jurisdiction" and contract jurisdiction (Art. 5), and tort jurisdiction (Art. 10), respectively, should also be clarified to avoid unnecessary confusion as to the scope of application of each provision.

In any case, we hope that the Member States will be able to reach a consensus on the specific language of the "activity based jurisdiction" through the informal meetings which are currently scheduled. We will also do our best to work with other members in order to come up with language which is acceptable to as many countries as possible.

7 *Article 12 (Exclusive jurisdiction) – Intellectual property*

We note that further discussion will be had in due course with respect to jurisdictional issues related to intellectual property.

The Republic of Korea is a country where the infringement of patents and other registered intellectual property (other than copyright) is subject to the jurisdiction of ordinary courts, whereas their validity is subject to the exclusive jurisdiction of the Intellectual Property Office under the Government and the Patent Court. In addition, the validity of a patent and any other registered intellectual property (other than copyright) is

understood to fall within the scope of public law rather than private law. Accordingly, the allocation of international jurisdiction of intellectual property law matters is a very complex issue under Korean law. We are studying these issues and still need to closely monitor the further discussions on these issues.

At present we would merely like to note that whether the court which has jurisdiction on the infringement of a patent also has jurisdiction on the validity of the patent, being an incidental question, is also related to the recognition of foreign judgments set forth in Chapter III of the Draft. Before we take any position on these issues, we should consider what effect the court's judgment on this incidental question will have in the State addressed.

8 *Article 16 (Third party claims)*

Under Article 16(1), a court which has jurisdiction to determine a claim under the Convention shall also have jurisdiction to determine a claim by a defendant against a third party for indemnity in respect of the claim against that defendant, to the extent that such an action is permitted by national law, and provided that there is a substantial connection between that State and the dispute involving the third party. The Draft does not provide in the white list for direct international jurisdiction in an action on a warranty or guarantee against a third party and leaves it to the national law of a Contracting State. Thus the Draft differs from the *Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "Brussels Convention"), which *does* provide for direct jurisdiction in an action on a warranty or guarantee against a third party (Art. 6 (2)). Although allowing an action on a warranty or guarantee against a third party has the advantage of resolving related disputes at once, such an action is not permitted under current Korean law, and we understand this is the case in many other countries. In this regard two questions arise.

First, an action on a warranty or guarantee is based upon the national law of a Contracting State rather than upon the Convention. Therefore, it appears to be reasonable for the State addressed to have the right to verify the international jurisdiction according to its own national laws. In other words, jurisdiction for an action on a warranty or guarantee against a third party should be a "permitted basis of jurisdiction" rather than a "required basis of jurisdiction". However, Article 24 of the Draft provides that "[t]his Chapter shall not apply to judgments based on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17", and does not refer to Article 16 (Third party claims). This appears to suggest that the ground of jurisdiction under national law, which approves jurisdiction for an action on a warranty or guarantee against a third party based upon the jurisdiction for the original proceedings against the defendant, is elevated to the ground of jurisdiction under the Convention.[4] We believe that this cannot be justified, as it is against the basic principle of the Convention that direct and indirect jurisdiction should be determined by the same rules.

The second issue is related to the first. Under Article 16(1), in order for a Contracting State to have jurisdiction over an action on a warranty or guarantee against a third party, the Contracting State should have jurisdiction for the original proceedings "*under the provisions of the Convention*" [emphasis added]. Accordingly, for example, if a French consumer filed suit in France against a Korean distributor of Japanese products for product liability incurred in France, the Korean distributor would be able to file suit in France against the Japanese manufacturer. However, if the distributor were French rather than Korean, Article 16(1) would not apply. In such a case, however, French courts would also have jurisdiction based upon the French New Code of Civil Procedure. If the distributor, either Korean or French, were to seek enforcement of the French judgment in Japan, a Japanese court would be obligated, under the Draft, to approve the jurisdiction of the French court in the case of a Korean distributor, whereas it would not be so obligated were a French distributor involved. We wonder whether there are reasonable grounds for treating these two cases differently.

In sum, we believe that Article 16 should be deleted in its entirety, and that jurisdiction on third party claims should remain in a grey area for the time being.

9 *Article 17 (Jurisdiction based on national law)*

Article 17 attempts to allow each Contracting State to assume and exercise jurisdiction based upon its national law unless Article 18 prohibits such ground of jurisdiction. This has the effect of making the Convention a "mixed convention" and therefore, as we mentioned above, it is a very practical approach to create a convention of worldwide application. However, Article 17 refers only to the rules of jurisdiction under national law. As a result, it may be misinterpreted to allow each Contracting State to apply its rules of jurisdiction that are not rules of *grounds* of jurisdiction (*e.g.*, rules of *forum non conveniens*) even where the ground of jurisdiction in a specific case is one under the Convention. Accordingly, although this is a rather technical point, for better clarity, we suggest inserting the words "grounds of" in this Article so that it reads as follows:

> "Subject to Articles 4, 5, 7, 8, 12 and 13, the Convention does not prevent the application by Contracting States of rules of *grounds of* [emphasis added] jurisdiction under national law, provided that this is not prohibited under Article 18."

10 *Article 18 (Prohibited grounds of jurisdiction)*

Article 18(2) provides that jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis solely of one or more of the grounds listed therein. The term "solely" could be a source of disputes in the future, as is the case under the 1971 Hague Convention which adopted a similar approach (Art. 2 of the Supplementary Protocol). For example, a court of a Contracting State may assume jurisdiction based upon a combination of one or more of the grounds listed therein and a ground that is not listed therein. More specifically, under paragraph 2 *e)*, the courts of a Contracting State are not allowed to exercise jurisdiction solely on the basis of the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, except where the dispute is directly related to those activities. This provision is appropriate in the sense that it appears to set forth doing business as a prohibited ground of jurisdiction.

In this regard, we would like to draw your attention to letter of credit transactions that are quite popular in international trade. Suppose, for example, a Korean exporter exports goods to an importer in Country A under a letter of credit issued by a bank in Country A ("Bank A"). The Korean exporter then submits the necessary documents to Bank A in accordance with the letter of credit. However, Bank A refuses, without

[4] In this regard, the question whether such an interpretation is correct has to be clarified first, since Art. 25(1), which provides for the required bases of jurisdiction, refers to the jurisdiction under "Articles 3 to 13" only and does not refer to Arts 14 to 16. However, since the grounds of jurisdiction of Arts 14 to 16 are the same as those under Arts 3 to 13, jurisdiction under Arts 14 to 16 could be viewed in an indirect way as a required basis of jurisdiction.

any justifiable grounds, to make payment. The Korean exporter files suit in Korea against Bank A requesting payment under the letter of credit. Suppose Bank A has a branch in Korea, which was not involved in the letter of credit transaction at all. In such a case, Korean courts have repeatedly held that they had jurisdiction over the dispute. Technically, the basis of such decision would have been a provision of the Korean Code of Civil Procedure. However, in substance, the ground of jurisdiction would have been that Bank A was doing business in Korea through its Korean branch.

We believe that, under the Draft, Korean courts will no longer be allowed to assume international jurisdiction in the above case. This is also the position taken by the Report.[5] However, Korean lawyers might argue that the Korean court's jurisdiction is based upon the presence of the Korean branch of Bank A as well as its carrying on of commercial activities in Korea. If the Draft's current position of treating doing business as one of the prohibited grounds of jurisdiction is finally adopted, we suggest inserting the italicised phrase as shown below:

> "*e)* the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State *whether or not through a branch, agency or any other establishment of the defendant* [emphasis added], except where the dispute is directly related to those activities".

At present we cannot offer a good suggestion for replacing the word "solely" with a better expression or for otherwise improving this provision. We would like to note that there is a possibility that a substantial portion of this provision will turn out to be of no practical value even though most of the delegations believe that the Draft has succeeded in putting various grounds of jurisdiction on the black list.

With respect to Article 18(3), we feel the basic idea of excluding actions seeking civil remedies for human rights violations from the grounds of prohibited jurisdictions under paragraph 2 is appropriate and reasonable, to the extent that it aims to maintain the status quo in respect of the exercise of the Contracting State's jurisdiction over such cases in accordance with its domestic laws. Considering that the concept of human rights has not yet been agreed upon at the global level, the Republic of Korea, though supporting Variant One for the time being, believes that the matter requires further consideration in order to more clearly elaborate and categorise the cases which will be exempted from the prohibited jurisdictions under the Convention.

11 *Article 20*

Paragraph 2 in brackets seeks to authorise an exception to paragraph 1 which provides that the forum State shall consider the lawfulness and timeliness of notification to the defendant of the document instituting the proceedings, and shall, if such conditions are not met, stay the proceedings.

The Republic of Korea has recently acceded to the Hague Service Convention with the reservation that a Korean court may give judgment even if no certificate of service or delivery has been received. In this context, the Republic of Korea supports the deletion of the brackets placed around paragraph 2. Alternatively, Korea proposes that Article 37 (disconnection clause) include a provision recognising that bilateral or multilateral treaties on service abroad of documents in force for the Contracting States, including the Hague Service Convention, shall prevail over the relevant provisions of the Convention.

[5] Nos 133-134.

12 *Article 22 (Exceptional circumstances for declining jurisdiction)*

Considering the sharp contrast of the positions in common law countries and civil law countries on the tricky issue of the doctrine of *forum non conveniens*, we are quite pleased to see in Article 22 of the Draft that the Special Commission has succeeded in overcoming difficulties and coming up with a compromise solution.

Article 22 provides that the court seised may suspend its proceedings in exceptional circumstances where "double standards" exist. This occurs when it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction, and a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute.

In this regard we note that, under Article 22, the court may decide to suspend the proceedings and, at the same time, set a time period within which, and specify the State where, the plaintiff shall bring the proceedings. However, it appears that the court would not be able to dismiss the case, either outright or on certain conditions, as the courts of some countries presently do.

Unlike Article 22, under Korean law the court seised may only dismiss the case by stating that it has no jurisdiction under the "doctrine of special circumstances".[6] Logically, therefore, Korea cannot deny that it currently has reservations about this Article. However, this does not necessarily mean that Korea is entirely opposed to the current Article 22. Korea would like to carefully follow the discussions at the informal meetings and the Diplomatic Session, before commenting further.

13 *Article 23 (Definition of "judgment") and Article 25 (Judgments to be recognised or enforced)*

Under this Article, decisions ordering provisional or protective measures in accordance with Article 13(1) fall under the concept of a "judgment" which may be recognised or enforced under the Draft. The majority view under Korean law is that a foreign country's decision ordering provisional or protective measures is not entitled to recognition or enforcement in Korea.

Under Article 25(2), in order to be recognised, a judgment must have the effect of *res judicata* in the State of origin. That is, the existence of the *res judicata* effect is a precondition to the recognition of foreign judgments. However, under Article 25(4), a foreign judgment which is, or may be, subject to ordinary appeal in the State of origin could be recognised under the Draft. In this respect, the Draft is different both from Korean law and from the 1971 Hague Convention mentioned above. A few questions may be raised in this regard.

First, we wonder whether there is a uniform concept of *res judicata* throughout the world. We are not sure whether *l'autorité de chose jugée* in France, *die materielle Rechtskraft* in Germany, and *kipanryuk* in Korea have the same meaning.[7] Do "claim preclusion" and "issue preclusion", in the sense they are used under the laws of the United States of America, fall within the concept of *res judicata*?

Second, does this Article mean that the scope of the effect of *res judicata* of a foreign judgment is a matter to be left to the national law of each Contracting State, or that it is a matter to

[6] This happens when Korean courts have jurisdiction under the venue provisions of the Korean Code of Civil Procedure, but it is not appropriate for the Korean courts to exercise jurisdiction considering the totality of the circumstances of the case.

[7] Under Korean law, a judgment which is subject to ordinary appeal cannot have the effect *of res judicata*.

be governed by the laws of the State of origin? One may argue that a judgment of a Contracting State may be recognised in another Contracting State so long as it has the effect of *res judicata* in the State of origin, while the scope of the effect of *res judicata* is a matter to be governed by the national law of the State of origin or the State addressed.

In this regard, the Report states, in the words of Professor Fragistas referring to the 1971 Hague Convention, that "a decision cannot acquire a greater effect abroad than it has in its country of origin".[8] This appears to follow the theory of "effect extension". However, it does not clarify whether the effect of the judgment of the State of origin extends to the State addressed without any limitation; or whether the effect of the judgment in the State of origin is reduced to that in the State addressed if the former is broader than the latter in its substantive scope. For example, we wonder whether the "issue preclusion" and "collateral estoppel" of a judgment of a court of the United States of America should be given effect in Korea under the Convention.

Therefore it would be advisable that the Draft expressly address this issue. If not, the Draft, or at least the Report, should make it clear that it is a matter to be left to the national law of the State addressed.

14 *Article 28 (Grounds for refusal of recognition or enforcement)*

Unlike the Brussels Convention and the Lugano Convention, Article 28(1) *d)* does not require due notice of the proceedings to be given to the defendant. However, there is a Korean Supreme Court precedent refusing recognition of a foreign judgment on the ground that the service of process to the Korean defendant was effected in violation of the International Civil Judicial Assistance Law of Korea. Accordingly, a Korean defendant who receives service of process from a foreign court in a manner not consistent with Korean law may elect not to appear in court because the resulting judgment would not be recognised in Korea, provided that the Korean defendant does not have assets in the foreign State. Under the Draft, however, the State addressed cannot refuse to recognise a foreign judgment, even if the service of process was effected in an undue manner, so long as the document instituting the proceedings was actually notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence.

Although the Republic of Korea understands the rationale behind Article 28(1) *d)* of the Draft that the service of process requirement should protect the rights of the defendant to present his case rather than the sovereignty of the State addressed, it remains to be seen whether such approach is the correct one. Under the Draft, a judgment of a Contracting State would be recognised in another Contracting State, even if the judgment were based upon grossly undue service of process (for example, under the Hague Service Convention).[9] In this regard, Korea proposes that the following *proviso* should be added:

> "This paragraph shall not apply where the notification was given in such a manner as to constitute a contravention of the public policy of the State addressed, as provided in paragraph 1 *f)* of Article 28."

15 *Article 33 (Damages)*

In relation to paragraph 2, we would like to note a court precedent involving the recognition and enforcement of a judgment rendered by the court of the state of Minnesota against a Korean defendant, ordering payment of USD 500,000 as reasonable compensation for damages (including mental anguish, physical injury, consequent medical expenses, loss of earnings, etc.) arising out of the assault and rape of the plaintiff. The Korean court of first instance held that the amount of award was much higher than would be acceptable under Korean law for such damages, and thus reduced the amount of compensation that could be enforced to USD 250,000, *i.e.*, 50% of the original amount awarded by the Minnesota court. In making the judgment, the court primarily took into account the probability that ordering the payment of USD 500,000 might lead to the bankruptcy of the defendant who was living in Korea. Nevertheless, the court did not neglect to take note of the fact that the plaintiff should continue to live in the state of Minnesota and receive medical treatment there. The rationale behind the court's judgment was that recognition and enforcement of the portion in excess of USD 250,000 would be against the substantive public policy of Korea. The Supreme Court of Korea upheld this judgment in 1997.

Having said that, several questions arise in relation to paragraph 2. What are the guidelines which the State addressed should apply in determining the amount to be recognised? It is not clear whether guidelines other than those mentioned in this Article are left to the national law of each Contracting State or whether the determination of the amount to be recognised is left to the discretion of the State addressed. In this regard, the Report states that as a general principle, "'grossly excessive' is likely to mean 'grossly excessive according to the standards usually applied by the courts of the State of origin'".[10] The Report goes on to state "evidence that the sum awarded greatly exceeds what is the norm in similar cases in the State addressed should not by itself suffice".[11]

However, we believe that the norms of the State addressed as well as of the State of origin should be taken into consideration in determining the amount to be recognised. This means that the criteria to determine whether the amount awarded in the State of origin is grossly excessive should be not only those of the State of origin but also those of the State addressed. It follows from this that the ultimate determination of the amount to be recognised and enforced should be within the discretion of the State addressed, subject to the minimum requirement that the amount to be recognised and enforced should not be less than that which would have been awarded in the State addressed in the same circumstances.

If this interpretation of Article 33 of the Draft is correct, we submit that the Report could be slightly misleading. Accordingly, we believe that further discussion will be necessary to clarify this point.

16 *Article 37 (Relationship with other Conventions)*

Considering that the Draft intends to create a global Convention acceptable to all States around the world, the Republic of Korea supports Proposal 1 in that it endeavours to accommodate not only the Brussels Convention and the Lugano Convention, but also other international instruments concerned with this subject. Therefore, if it is necessary to specify the relationship of these Conventions with the Draft Convention, it would be desirable for a relevant provision to be included at the end of paragraph 3 of Proposal 1. In addition, further

[8] Nos 305 *et seq.*
[9] A case similar to *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk* of the Supreme Court of the United States (1988) could be an example, assuming that the service of process in that case was against the Hague Service Convention.
[10] No 368.
[11] *Ibid.*

research needs to be conducted with respect to other regional conventions or bilateral instruments which deal with international jurisdiction and whose relationships with the Draft Convention should also be expected to be specified in the Draft.

17 *Conclusion*

Thus far, we have made several comments on the Draft from the viewpoint of Korean law. Although the Draft is in conflict with current Korean statutes, court precedents and legal commentators' opinions in a number of areas, we do not believe that such conflicts necessarily render the Draft unacceptable to Korea. We will closely monitor the further discussion on the Draft and we would be happy to see the Draft improved in many respects, including the provisions addressing issues of intellectual property, electronic commerce and human rights. Of course, we will do our best to ensure that the Special Commission on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of the Hague Conference on Private International Law will be able to succeed in preparing a final version of the Draft acceptable to as many countries as possible.

Japon/Japan

I *General remarks*

The Japanese Government presents its compliments to all the Members of the Hague Conference on Private International Law for their active involvement in the preparation of a new Convention on the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters.

We fully recognise the importance of this project, which, if successfully concluded, will have far-reaching effects on the lives of the people throughout the world. With the irreversible trend of ever expanding international commerce, the question of predictability in the field of international jurisdiction has become more important than ever. Thus, it is essential for the new Convention to establish a legal structure practically acceptable to as many countries as possible.

We believe that the preliminary draft Convention, with the structure of the so-called "mixed convention", is pointing in the right direction in this regard and that the rules of jurisdiction, consisting of "white list", "black list" and "grey area", are, in general, well-balanced and acceptable.

However, we are of the opinion that there still remain some problems to be solved with respect to certain Articles. We are ready to co-operate with other participating States at the Diplomatic Session in searching for common solutions to these problems without damaging each State's interest. It may turn out, however, that no solution is found during the Diplomatic Session on these issues. If that is the case, efforts should be made to draft a smaller Convention with limited scope of application that covers only those areas on which there is agreement rather than to have a grand Convention that covers everything but has little prospect of attracting Contracting States. To this end, we feel that it might become necessary at some stage of the Diplomatic Session to remove controversial bases of jurisdiction from the white list, leaving them to the grey area, while maintaining the basic policy of restricting the exercise of excessive national jurisdiction by way of the black list.

The following comments are offered without prejudice to our final position at the Diplomatic Session.

II *Specific comments*

Article 1

Claims related to nuclear damages should be excluded from the scope of application of the Convention. This matter had better be left to other international instruments.

In the event paragraph 2 of Article 10 is deleted, claims for damages caused by anti-trust violations should be excluded as well.

Article 3

For the purpose of this Convention, the notion of "habitual residence" should be clarified further. We observe that this notion as used in other conventions has resulted in different interpretations by different Contracting States. In addition, should this notion be used in this Convention, it would be inevitably affected by the interpretation taken in respect of the same words in other conventions, most of which are on family matters. It is therefore advisable to avoid such a situation in this Convention. If a different concept is to be adopted instead of "habitual residence" in this Article, it would become necessary to examine whether or not "habitual residence" as used in other articles should be maintained in light of a specific purpose of each article.

Article 6

It is our understanding that the place where the performance of payment obligation took place does not constitute the basis for jurisdiction under this Article, although the present text of Article 6 is not clear on this point. According to the Report of the Special Commission, however, the jurisdiction under this Article is granted only to the place where the main obligation of the contract was performed, and not to any place where each and every contractual obligation took place. It follows that, for example, in the case of a claim for the performance of payment obligation arising from a contract of sale of goods, the jurisdiction under Article 6 is available only to the place where the goods were supplied, and not to the place where the payment was made.

On the other hand, it might be argued that the place of payment could become the basis for Article 6 jurisdiction in such instances as a loan contract on the ground that the supply of money itself is considered as the supply of services within the meaning of Article 6. This argument must be addressed in an unequivocal way in the text of this Article so that there shall be no doubt about the interpretation that under no circumstances will the place of payment alone constitute the basis for jurisdiction under Article 6.

Article 7

With respect to the words "directed to" in paragraph 1 *a)* of Article 7, it might be appropriate to make it clear that, in cases where a company engaged in consumer trade via the

Internet has taken certain measures to limit the consumers to contract with by posting the disclaimer clause on its website indicating that the website is only for those consumers in specified countries as well as by taking such technologically reasonable steps as appropriate to avoid entering into a contract with consumers in the countries not specified in the disclaimer clause, the company should not be considered to conduct the activity directed to such countries as not specified in the disclaimer clause.

As regards the interpretation of paragraph 3 *b)* of this Article, it is not clear from the text whether a choice of court agreement in consumer trade entered into before the dispute has arisen shall be valid only when the agreement provides for additional jurisdiction for the consumer, or, it can be valid, even where the agreement itself provides for exclusive jurisdiction of the court of choice, to the extent that it enables the consumer to bring proceedings in a court specified in the agreement. Also, the meaning of "another court" in this paragraph should be clarified in comparison with the words "courts other than those indicated in this Article or in Article 3 of this Convention" in paragraph 2 of Article 8.

It has been suggested that an agreement on exclusive jurisdiction should be given some legal effect under the conditions that the law of habitual residence of the consumer permits such agreement and that the disclaimer clause is validly employed. However, we consider this approach inappropriate because, in consideration of the fact that this issue has not been definitely settled under some domestic laws, it would create the problem of unpredictability on the part of parties to such an agreement as well as the problem of difficulty on the part of the court in ascertaining the legal status of such agreement under foreign domestic laws.

The definition of "consumers" in paragraph 1 should be understood such that only natural persons are considered as consumers under this Convention.

Article 8

As mentioned above with respect to paragraph 3 *b)* of Article 7, paragraph 2 *b)* of this Article needs to be clarified as to whether a choice of court agreement between an employee and an employer shall be valid only when the agreement provides for additional jurisdiction for an employee, or, can be valid, even when the agreement itself provides for exclusive jurisdiction of the court of choice, to the extent that it enables the employee to bring proceedings in a court specified in the agreement.

Article 9

The words contained in square brackets should be deleted. In the event they are retained, the notion of "regular commercial activity" must be defined as clearly as possible. In particular, the text should be drafted in such a way that such passive activities as the mere establishment of a website do not fall within the scope of the definition of "regular commercial activity". At the same time, if some elements of activity based jurisdiction are introduced in Articles 6 and 10, the relationship between this Article and Articles 6 and 10 must be reconsidered.

Irrespective of the retention of the words in square brackets, it is more appropriate to use more restrictive words than "relates directly to" as in the present text. As regards "branch, agency or any other establishment", it must be clarified that subsidiaries or affiliated companies are not considered as branches, agencies or establishments under this Article. In other words, apart from a branch itself, this Article should apply only to those agencies or other establishments that can be equated with a branch of the defendant.

Article 10

The word "injury" in paragraph 1 *b)* needs careful examination from the viewpoint of whether or not this word is sufficiently clear to indicate that the place of injury does not include the place where only economic loss or consequential damages such as the loss of profit arose. As regards the foreseeability test in the proviso of the same sub-paragraph, it would be necessary to have a common understanding as to the circumstances under which it is considered that there is a reasonable foreseeability on the part of the person claimed to be responsible.

As regards paragraph 3, we fear that the jurisdictional basis under this paragraph might be too broad, because this paragraph enables the plaintiff to bring an action in the courts of the State even in cases where there is only a possibility that the act or omission, or the injury may occur in that State. Therefore we are of the view that this paragraph should either be deleted or be redrafted so that it would require more than the mere possibility of the occurrence of such act or omission, or injury in that State as a pre-requisite for the plaintiff to take an action in that State.

According to paragraph 4, the State of habitual residence of the injured party will have the jurisdiction of adjudicating all the damages suffered in every part of the world on account of the "unless" clause in this paragraph, which might be considered too broad as well.

Article 12

Given the fact that the question of governing law of a legal person is not settled uniformly among national legal systems, the jurisdictional rule contained in paragraph 2 of this Article might create a problem of more than one State exercising "exclusive jurisdiction".

Square brackets in paragraph 4 should be removed so that the exclusive jurisdiction of the courts of the State in which registration has taken place is extended to proceedings for infringement of patents or other similar rights required to be registered. Exceptions to this exclusive jurisdiction, if any, should be limited to those based upon Articles 3, 4 and 5.

Article 13

The rule of jurisdiction in paragraph 3 of this Article, which does not entail the obligatory recognition and enforcement of provisional measures, would be of some legal significance in a mixed convention only if it were understood that there is a "black list" hidden under this paragraph, whereby all the grounds of jurisdiction for provisional measures other than as contained in this Article are prohibited under this Convention. However, this interpretation clearly runs counter to our reading of this paragraph. Also, we do not believe that there has been a consensus to that effect reached by the Special Commission.

As mentioned below with reference to Article 23, we consider that it would not be appropriate for this Convention, which is global in terms of its geographical scope of application and is general in terms of its material scope of application, to

provide for the recognition and enforcement of provisional measures, because such measures could be of various kinds and there would be no way of committing ourselves to the assumption that all such measures categorised as provisional measures in other jurisdictions are enforceable under our national legal system.

Therefore, paragraph 1 *b)* of Article 23 should be deleted and, consequently, there would be no reason to retain paragraph 1 of Article 13 as a "white list jurisdiction" because Article 13 would no longer have any connection with the treaty obligation of recognition and enforcement. By the same token, there would be no need to retain paragraph 2, as this paragraph is not linked to the recognition or enforcement of provisional measures in any way.

For the reasons mentioned above, we consider that this Article should be deleted in its entirety and, consequently, the reference to this Article in Article 17 should also be deleted. On the other hand, if the deletion of Article 13 is not accepted, paragraph 3 should be deleted and paragraphs 1 and 2 included in a new independent Chapter which contains only new Article 13, on the understanding that the new Article provides only for a rule of direct jurisdiction without preventing a Contracting State from exercising its domestic jurisdiction for provisional measures and that no treaty obligation is imposed on a Contracting State to recognise or enforce such provisional measures as based upon the new Article.

Article 14

This Article should be deleted. In the context of deciding on international jurisdiction, it is not appropriate to deprive the defendant, by virtue of this Article, of his legitimate interest in jurisdiction which otherwise would have been granted to him under this Convention. The rationale behind this Article, as cited in the Report, is to avoid inconsistent judgments. However, the benefit of avoiding inconsistent judgments should not prevail over the interests of the defendant unless the subject matter in dispute is an issue such as family relations, organisational aspects of corporations, or co-ownership. As these issues could be dealt with under this Convention by the exclusion of certain types of litigation from the scope of application of this Convention (para. 2 of Art. 1) or provisions on exclusive jurisdiction (paras 1 and 2 of Art. 12), there would be no need for this Convention to have a special rule for jurisdiction such as Article 14 where multiple defendants are involved.

Article 16

This Article should be deleted. Japan is one of those States whose domestic laws do not permit the type of jurisdictional basis as stipulated in this Article. This type of jurisdiction would be detrimental to the interests of the third party involved and, from the viewpoint of procedural fairness, could not always be justified. Therefore, the situation addressed by this Article should not be on the "white list" but left to a "grey area".

Article 18

We are of the view that paragraph 2 *e)* of this Article needs to be retained in order for Japan to consider becoming a Party to this Convention. Moreover, we consider that the mere existence of a subsidiary or other affiliated entity of the defendant in the territory of a State should not constitute a jurisdictional basis for that State to exercise jurisdiction over a claim against the defendant unless there is substantial connection between that State and the claim. Accordingly, the following new sub-paragraph should be added to paragraph 2: "*k)* the location of a subsidiary or other related entity of the defendant in that State".

With respect to paragraph 3, such exceptions to the black list as contained in this paragraph should be permitted only to those cases where the plaintiff has his or her habitual residence in a Contracting State.

Article 21

We are fully aware that, since this Article was adopted as a compromise solution after an intensive discussion in the Special Commission, further elaboration of this Article would be difficult. However, for the purpose of effective application of the rules of this Article, it would be worth the Diplomatic Session undertaking to explore common understandings on such matters as the level of expectation required for the application of paragraph 1 of this Article, or the meaning of "a reasonable time" (*e.g.*, a few months, one year or a few years, etc.) in paragraph 4 of this Article.

With respect to paragraph 2, there might be instances where the court second seised should render a judgment according to the effect of *res judicata* of a judgment rendered by the court first seised instead of declining jurisdiction as stipulated in the present text. Such instances would occur when claims before the respective courts are not identical but related to each other.

There is an ambiguity as to what kinds of measures the court first seised should take when the court second seised has proceeded with the case under paragraph 3 and has rendered a judgment that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.

Article 22

Although we understand the necessity of retaining this Article, it might be argued that this Article could be abused in certain cases for the purpose of prolonging litigation by allowing one of the parties to a dispute to apply for the suspension of the proceedings that have been instituted in the court of the State which has a legitimate jurisdictional basis under this Convention.

Article 23

Paragraph 1 *b)* of Article 23 should be deleted so that provisional measures are excluded from the scope of the provisions on recognition and enforcement in this Convention. Given the diversity of such measures that might exist in various domestic laws of different States, it would be premature for this Convention to treat these measures as foreign judgments capable of being recognised and enforced among Contracting States. Also, there seem to be few benefits to be gained by such treatment, because, even if provisional measures as such are to be enforced in another State, their enforcement would normally require the commencement of the enforcement proceedings in that State, the procedural burden of which would not be so different from applying for provisional measures in that State from the outset. Moreover, there is always a possibility that provisional measures are overturned by the subsequent order, which creates another problem as to the treatment of such measures that were once provisionally enforced.

Article 25

The treatment of a foreign judgment which has not become final in the State of origin would differ from one jurisdiction to another. We are against the approach in this Article of obliging Contracting States to recognise or enforce a foreign judgment which is still the subject of review in the State of origin, as we doubt that this approach is viable in an international situation to which this Convention is expected to apply. As in the case of provisional measures, a foreign judgment pending appeal can be overturned subsequently by the appeal court and, if that happens, difficult legal issues would arise concerning the legal effect of the foreign judgment that has already been recognised and enforced in that State.

Accordingly, we believe that only those foreign judgments that are no longer the subject of ordinary review in the State of origin should be the subject of obligatory enforcement and recognition provisions under this Convention, without prohibiting those States that have no difficulty in recognising or enforcing such judgments to do so. Postponement of recognition or enforcement in such circumstances, as the present text provides, would not be appropriate, because a literal interpretation of the word "postponement" suggests that it does not allow the State addressed to refuse the recognition or enforcement of such foreign judgments. In order to make this point clear, the following amendment to paragraph 4 is suggested: "*Notwithstanding preceding paragraphs 2 and 3*, recognition or enforcement may be *refused* if the judgment is the subject of review in the State of origin or the time limit for seeking a review has not expired."

Article 28

It is not clear from sub-paragraphs *c)*, *d)* and *f)* of paragraph 1 whether or not the court of the State addressed is entitled to refuse the recognition or enforcement of a foreign judgment where the document which instituted the proceedings was served on the defendant in such a way that it gave the defendant a sufficient time to arrange for his defence but the service itself was in violation of either rules of international law or the law of the State where such service took place. It is our view that any service of documents that infringes the sovereignty of a State should not be given legal effect in the context of recognition or enforcement of judgments deriving from such service, regardless of whether or not the defendant was in fact given an opportunity to prepare for his defence. This Article should be re-drafted so as to make it clear that, should such infringement of the sovereignty occur, the court of the State addressed may refuse the recognition or enforcement of the foreign judgment.

As regards other grounds for refusal of recognition or enforcement, it might be worth considering whether or not a judgment rendered by a court of a Contracting State that should have suspended the proceedings in accordance with Article 21 should also be covered by this Article.

We understand that the word "notified" in paragraph 1 *d)* should be construed as a factual concept. In other words, when the notification of the document to the defendant took place by way of notice by publication in such cases as where the defendant's whereabouts was unknown to the plaintiff, it should not be considered that the defendant was notified within the meaning of this sub-paragraph, even if such notification is authorised under the law of the State where it took place. We believe that the text of this sub-paragraph should more clearly address this point.

Article 31

We believe that this Article should be drafted so as to make it clear that the "costs or expenses" in this Article refer only to those of the proceedings for recognition or enforcement. Apart from that, it might be worth considering the addition to this Article of some provisions similar to those contained in Articles 17 and 18 of the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure or Articles 14 and 15 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice*.

Article 33

Since paragraph 2 *a)* makes an exception to the rule that there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin, "the circumstances" in light of which damages awarded are considered "grossly excessive" must be more clearly defined. Also, as we understand that paragraph 2 *a)* and *b)* should apply not only to recognition but also to enforcement, the text should reflect more precisely the substance in this respect.

Article 36

The meaning of the words "a court has given its authority" needs further clarification. In particular, the required degree of involvement of the court in the settlement process must be made clear.

Articles 38 to 40

We fully understand the importance of ensuring the uniform application of this Convention among Contracting States. However, we are not in favour of the approach currently contained in these Articles. In particular, it is difficult to go along with the idea of establishing a committee of experts to make recommendations on a request of the parties to a dispute under Article 40, because it would not only conflict with the basic structure of Japanese civil procedure but also cause a serious problem of unconstitutionality with respect to the notion of judicial independence under the Constitution of Japan.

Therefore, the question of what kinds of mechanisms should be employed to achieve the uniformity of interpretation of this Convention needs more careful deliberation at the Diplomatic Session, taking account of differences of legal systems among participating States and, if necessary, exploring the possibility of making this part of the Convention optional.

Suisse/Switzerland

Remarques générales

La Convention mondiale envisagée en matière de compétence et d'exécution de jugements vise à renforcer la sécurité juridique et à promouvoir le commerce international. À une époque marquée par une intégration et une globalisation toujours plus poussées au niveau planétaire, l'on ne peut que saluer sans réserve un tel projet. L'interprétation du présent instrument incombera toutefois essentiellement aux tribunaux nationaux, qui, à l'échelle mondiale, offrent toute

une palette de conceptions juridiques différentes les unes des autres. Pour éviter que la jurisprudence des États parties à la future Convention ne soit pas partout la même, il faudra avant tout s'efforcer d'adopter des règles claires et simples. En outre, il conviendra de s'entendre sur des mécanismes qui, dans la mesure du possible, garantissent ou favorisent une interprétation uniforme.

Le présent projet est le résultat de nombreuses années de négociations à La Conférence de La Haye et il est d'une très grande qualité. C'est sur cette base qu'il y a lieu de comprendre les remarques suivantes, qui se limitent d'ailleurs à certains aspects paraissant essentiels. La position de la Suisse sur l'ensemble du projet et sur ses différentes dispositions sera présentée par la délégation suisse lors de la Session diplomatique qui débutera en juin 2001.

Article premier Champ d'application matériel

Les actions anti-trust devraient être entièrement exclues du champ d'application matériel de la Convention. En effet, il s'agit là de domaines trop délicats sur le plan politique et qui risqueraient en fin de compte de diminuer sensiblement l'acceptation du projet par certains États.

Article 6 Contrats

Les compétences en matière contractuelle et délictuelle, de même que le for du lieu de l'activité et de l'établissement, devraient former un tout et pourront peut-être faire l'objet d'une réglementation globale par la suite. Il faudra toutefois poursuivre énergiquement les dernières discussions très prometteuses sur le sujet. C'est la raison pour laquelle nous nous prononcerons séparément ci-après sur les différentes dispositions.

Le point de départ du projet consistant à n'attribuer qu'un champ d'application restreint au for en matière contractuelle rencontre en principe l'approbation, et cela aussi compte tenu du fait qu'il y aura en tout état de cause des chevauchements avec le for du lieu d'établissement et de l'activité prévu à l'article 9. La différence entre une livraison partielle insignifiante et l'absence de livraison présente toutefois un caractère quelque peu arbitraire. C'est pourquoi il faudrait au moins exiger une livraison partielle d'une certaine importance: «fournis en tout ou en grande partie».

On pourrait se demander si la lettre *c)* devrait être biffée sans être remplacée par une autre disposition; en tout cas, ce qu'il faut entendre par l'expression «obligation principale» n'est pas évident.

On ne devrait pas exclure le domaine du commerce électronique du champ d'application de la compétence en matière contractuelle, car cela entraînerait une inégalité de traitement entre le commerce traditionnel et le commerce électronique. Des problèmes pratiques pourraient se poser lors de l'exécution électronique d'un contrat «*on-line*» (télédéchargement ou action de rendre visibles des données). Dans ce cas, une règle prévoyant que le lieu d'exécution est présumé se trouver là où le destinataire a sa résidence habituelle pourrait contribuer à résoudre le problème.

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

Une des questions essentielles est celle de savoir si des clauses d'élection de for en défaveur du consommateur sont admissibles. Il semble particulièrement difficile de parvenir à un accord sur ce point. La solution en vertu de laquelle il appartient au droit du lieu de résidence habituelle du consommateur d'établir s'il est admissible d'introduire action (dans le sens d'une compétence permise, relevant de la zone dite grise) constitue, il est vrai, un expédient. C'est par conséquent le droit de l'État requis qui détermine si l'exécution est possible.

Dans le domaine du commerce électronique, la détermination de la résidence habituelle des parties est un problème qui se pose de manière générale. L'offrant court le risque de conclure des contrats avec des consommateurs établis dans un pays qu'il cherche normalement à éviter, que ce soit par crainte de restrictions commerciales, de la violation de droits exclusifs, ou, d'une manière toute générale, parce qu'il se méfie de la pratique juridique du pays en question. Pour tenter de résoudre la question, on pourrait introduire un système en vertu duquel le consommateur serait tenu par les indications qu'il a faites au sujet de sa résidence habituelle lors de la conclusion du contrat.

Quant à l'activité publicitaire de l'offrant sur Internet (para. 1 *a)*), il semble approprié de distinguer selon qu'il s'agit d'un site «actif» ou d'un site «passif». La Convention devrait contenir une précision dans ce sens; il ne suffira guère de préciser ce point dans le futur Rapport explicatif.

Article 9 For de l'établissement et de l'activité

En ce qui concerne le for de l'activité commerciale, une discussion dont on ne devrait pas préjuger de l'issue se déroule actuellement. Dans ce contexte, notons toutefois qu'il nous semble nécessaire de définir d'une manière beaucoup plus fouillée et avec plus de clarté que dans le projet le rapport que le défendeur entretient avec le for, d'une part, et avec le litige, d'autre part; sinon, la prévisibilité des solutions, indispensable pour faire régner la sécurité du droit, ne serait pas garantie.

Article 12 Compétences exclusives, propriété intellectuelle

Les actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle ne devraient pas être érigées en compétences exclusives. Il est vrai que le souci de parvenir à des décisions conciliables entre elles plaiderait en faveur d'un for unique au lieu d'enregistrement. Toutefois, il serait sensiblement plus difficile de devoir introduire, aux fins d'exercer un droit internationalement protégé, une nouvelle action dans chaque État concerné. Une action reconventionnelle du défendeur dans un procès portant sur la violation d'un tel droit et dans lequel la question principale a trait à la nullité ou à la résiliation de ce droit, ne devrait toutefois pouvoir être engagée qu'au lieu de l'enregistrement. Il conviendrait d'introduire une telle restriction à l'article 15.

Article 15 Action reconventionnelle

Voir ce qui précède.

Article 18 Compétences interdites

L'article 18 est une disposition extrêmement importante, qui devrait être formulée de manière encore plus claire en vue d'en faciliter l'application uniforme. L'interdiction statuée à l'article 18, paragraphe 2 *e)*, devrait être notablement renforcée.

Nous accordons une importance particulière à l'exception figurant au paragraphe 3 (droits de l'homme). La Convention ne doit pas empêcher les victimes de crimes sanctionnés par le droit humanitaire international ou les victimes de violations graves des droits de l'homme de faire valoir leurs droits. Ces fors constituent des exceptions aux règles de compétence normalement applicables et qui ont précisément été adoptées parce qu'elles apparaissent en soi comme étant les plus appropriées. En outre, la Convention vise à faciliter l'exécution des jugements. C'est pour ces motifs qu'une règle additionnelle devrait être adoptée: elle ne permettrait d'engager une procédure à un for interdit ou, en d'autres termes, à un for figurant sur la liste noire, que s'il était impossible d'introduire une telle action au for normalement prévu, soit à un for dans la zone blanche, ou que l'on ne puisse pas raisonnablement l'exiger.

Articles 21 et 22 (Lis pendens *et refus exceptionnel d'exercer la compétence)*

Ces deux dispositions réunissent de façon méritoire le concept de la litispendance et celui du déclinatoire de compétence. En raison de l'interaction réciproque des deux concepts, il ne devrait toutefois être possible de refuser d'exercer la compétence sur le fondement de l'article 22 qu'en faveur d'un for de la zone blanche, par analogie avec l'article 21. Il conviendra de préciser également qu'en dehors du cadre tracé par l'article 22, il n'y aura plus de place pour l'application de la doctrine du «*forum non conveniens*».

Article 37 Rapport avec d'autres Conventions

L'article 37 aurait un rôle important à jouer: la présente Convention ne devrait pas faire obstacle à ce que les instruments régionaux puissent continuer en principe à fonctionner sans encombre dans le champ d'application qui leur a été imparti jusqu'ici. Il faut en particulier éviter, dans la mesure du possible, que des règles spéciales soient prévues pour des instruments déterminés, mais au contraire veiller à ce que tous les instruments régionaux existants et futurs soient mis sur pied d'égalité.

Par ailleurs, il s'agit d'éviter que le consensus existant au sujet des fors interdits ne puisse être rendu inopérant. C'est pourquoi il y a lieu de statuer que dans ce domaine la Convention a la primauté.

La solution concernant les conventions régionales ne devrait pas être différente de la réglementation relative aux conventions spéciales ou du moins ne pas s'en distinguer trop fortement. En effet, il sera parfois difficile de délimiter clairement ces deux catégories.

* * *

General remarks

The future worldwide Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters aims at strengthening legal security and fostering international commerce. At a time when integration and globalisation are gaining ground everywhere, such objectives deserve unreserved support. However, the interpretation of the present instrument will fall mainly to the national courts, whose legal views vary worldwide. In order to prevent each Contracting State from having its own case law, one should above all strive to adopt simple and intelligible rules. Furthermore, it would be advisable to set up mechanisms which, as much as possible, guarantee or at least facilitate a uniform interpretation.

The present preliminary draft represents the result of many years of negotiation at the Hague Conference and is of a very high quality. It is with this background in mind that the following remarks, which are limited to certain essential aspects, are to be understood. The Swiss position relating to the draft as a whole and to its various provisions will be presented by the delegation of Switzerland at the Diplomatic Session that will start in June 2001.

Article 1 Substantive scope

Anti-trust proceedings should be excluded entirely from the substantive scope of application of the Convention. Indeed, from a political viewpoint these issues are too sensitive to be covered by the draft; furthermore, their inclusion may even make some States much less inclined to accept it.

Article 6 Contracts

Grounds of jurisdiction based on contracts, torts or delicts, as well as on activities and the place of establishment, are to be considered as a global concept and may perhaps give rise to one single set of rules in the future. However, the very promising discussions which took place lately should be pursued forcefully. Hereinafter, we will therefore comment each provision separately.

The starting point of the draft, whereby jurisdiction in matters relating to a contract only receives a limited scope of application, in principle meets with approval. This is in particular also due to the fact that there will in any case be overlaps with the jurisdictional rules based on activities and the place of establishment provided for in Article 9. However it appears somewhat arbitrary to distinguish between a supply of goods of no great importance and no supply of goods at all. That is why one should at least require a partial supply of a certain importance: "supplied in whole or for an important part".

One may wonder if letter *c)* should be deleted without being replaced by another provision; it is certainly not so easy to understand what is meant by the terms "Principal obligation".

Jurisdiction in matters relating to contracts should also extend to the field of electronic commerce. Indeed, the latter's exclusion would mean that traditional commerce and electronic commerce receive an unequal treatment. The electronic performance of a contract "online" (downloading or rendering data visible) could give rise to practical problems. In that case, a rule foreseeing that the place of performance is deemed to be where the addressee has its habitual residence may contribute to solving the problem.

Article 7 (Contracts concluded by consumers)

One of the main questions is to ascertain whether choice of court clauses which are disadvantageous to the consumer are admissible. It seems particularly difficult to reach an agreement on that matter. The solution according to which it is up to the law of the place of habitual residence of the consumer to establish whether it is admissible to introduce an action (admissible grounds of jurisdiction, resp. jurisdictions within the so-called grey zone) albeit offers an expedient. That is why it is the law of the addressed State which determines if enforcement is possible.

The problem of determining where the parties have their habitual residence is one which regularly arises in the field of electronic commerce. The supplier runs the risk of concluding

contracts with consumers established in countries which he or she normally seeks to avoid, either because he or she fears commercial restrictions or the risk of infringement on exclusive rights, or, quite generally, does not trust the legal practice of those countries. In order to try to resolve the question, one could introduce a system foreseeing that the consumer will be deemed to have his / her habitual residence at the place he / she indicated as such when concluding the contract.

As far as the soliciting of business over the Internet by the supplier is concerned (para. 1 *a)*), it seems appropriate to draw a distinction between an "active" and a "passive" website. The Convention should specify this point, it will hardly be sufficient to do this in the future Explanatory Report.

Article 9 Forum of the establishment and the activities

With respect to the forum of the commercial activity, the outcome of the ongoing discussions should not be prejudged. However, we should point out here that in our opinion the relationship between the defendant's activity and the forum on the one hand and with the subject matter of the proceedings on the other should be specified much more in detail and more intelligibly than in the draft; otherwise, the required predictability of solutions and consequently legal security could not be guaranteed.

Article 12 Exclusive jurisdiction, intellectual property

In proceedings having as their object intellectual property rights there should be no exclusive jurisdiction. It is true of course that the desire to avoid inconsistent decisions would plead on behalf of a single forum at the place of registration. However, it would be much more difficult to have to introduce a new action in every State concerned in view of exercising an internationally protected right. In a dispute concerning the infringement of such a right and in which the main issue relates to the nullity or the revocation of the right, the defendant should only be able to introduce a counter-claim at the place of registration. It would be appropriate to restrict the scope of Article 15 accordingly.

Article 15 Counter-claim

See *supra*.

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

Article 18 is a most important provision, which should be formulated even more clearly in order to facilitate a uniform application. The prohibition stipulated in Article 18, paragraph 2 *e)*, should be reinforced considerably.

We attach particular importance to the exception foreseen in paragraph 3 (human rights). The Convention should not prevent victims of crimes sanctioned by international humanitarian law or victims of serious violations of human rights to invoke their rights. These rules of jurisdiction, which depart from the grounds of jurisdiction normally provided for, have been adopted because under the circumstances they appear to be the most appropriate ones and because the Convention aims at facilitating the enforcement of judgments. One should consequently adopt an additional rule according to which one may only introduce an action at a prohibited forum, or, in other terms, at a forum included in the black list, if it is impossible to file proceedings at a required forum, *i.e.*, at a white forum, or if one cannot reasonably expect this.

*Articles 21 and 22 (*Lis pendens *and exceptional circumstances for declining jurisdiction)*

These two provisions join the concepts of *lis pendens* and the power to decline jurisdiction in a most commendable manner. With a view to the reciprocal interaction between the two concepts it should nevertheless only be possible to decline jurisdiction on the basis of Article 22 if jurisdiction is exercised at a forum listed in the white zone, by way of analogy with Article 21. One must also specify that the doctrine of "*forum non conveniens*" should in future only apply within the framework of Article 22.

Article 37 (Relationship with other Conventions)

Article 37 pursues an important aim: to ensure that the present Convention does not prevent regional instruments from continuing in principle to function smoothly within their respective scope of application. One should in particular try, as much as possible, to avoid applying special sets of rules to specific instruments, but, on the contrary, see to it that all existing and future regional instruments be treated on an equal footing.

On the other hand, one must avoid the risk that the consensus brought about with respect to the prohibited grounds of jurisdiction be rendered ineffective. That is why it should be stated that in that area the Convention prevails.

The rules governing regional conventions should not be different, or at least not too different, from those governing special conventions.

SECONDE PARTIE / PART II – OBSERVATIONS DES OBSERVATEURS / COMMENTS RECEIVED FROM OBSERVERS

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle/International Association for the Protection of Intellectual Property

XXXVIII World Congress
Melbourne, 30 March 2001
Executive Committee

RESOLUTION

Question 153
ON THE ENVISAGED HAGUE CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

AIPPI,

OBSERVING

I. that the Special Commission of the Hague Conference on Private International Law adopted a preliminary draft for a Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (the "Convention") at its meeting of 25 to 30 October 1999, which draft Convention contains an Article 12, paragraphs 4, 5 and 6, on exclusive jurisdiction in respect of industrial property rights required to be deposited or registered,

II. that AIPPI consulted its National and Regional Groups on the draft Convention, especially on Article 12, paragraphs 4, 5 and 6, by means of a Questionnaire dated 15 November 2000,

III. that, having regard to the conclusions in the International Report of Special Committee Q 153 dated 15 March 2001, there is no consensus within AIPPI on the fundamental question as to the scope of the exclusive jurisdiction at this moment, it being noticed that such consensus not only fails within AIPPI but in the current international theatre as a whole,

IV. that in view of the present lack of international consensus, intellectual property matters should be excluded from the substantive scope of the envisaged Convention and that, by consequence, Article 12, paragraphs 4, 5 and 6, should be deleted,

V. that, at the same time, AIPPI recognises the growing importance and complexity of the private international law aspects of intellectual property matters. AIPPI realises that it is desirable to examine and to set an international regulation in this respect and that the envisaged Convention is the most appropriate vehicle for such regulation,

VI. that AIPPI therefore favours the conscientious elaboration of a specific protocol on intellectual property to be added to the Convention in due time,

RECOMMENDS

to exclude intellectual property matters from the substantive scope of the envisaged Convention and to delete Article 12, paragraphs 4, 5 and 6, and

CALLS ON

the Hague Conference on Private International Law to elaborate a specific protocol on intellectual property to be added to the envisaged Convention in due time.

Melbourne, 30 March 2001

INTERNATIONAL REPORT

SPECIAL COMMITTEE Q 153
ON THE ENVISAGED HAGUE CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

INTRODUCTION

The Hague Conference on Private International Law (the "Hague Conference") prepares a global Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (the "draft Convention"). The draft Convention contains an Article 12 on *inter alia* industrial property rights required to be deposited or registered.

AIPPI has set itself the task of advising on especially this Article 12. On 12 October 1999 AIPPI instituted Special Committee Q 153 to take this matter into hand.[1] The committee presented its preliminary findings on 12 April 2000 during the Executive Committee meeting in Sorrento, Italy. Recognising the importance of the issue for future industrial property litigation, the Bureau requested the committee to draft a questionnaire in order to chart the course of AIPPI. On 15 November 2000 the committee submitted the attached Questionnaire, with a detailed Explanatory Memorandum,[2] to the Groups. In alphabetical order the following 18 Groups responded: Argentina, Belgium, Brazil, Canada, Egypt, Finland, Greece, Italy, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Paraguay, Spain, Sweden, Switzerland, Ukraine, the United Kingdom and the United States of America.[3]

This international summary report provides for a question-by-question general overview of the answers to the Questionnaire. In the general conclusion below, the committee's main conclusions as well as its view on a proposed resolution are described.

Reference is made to the aforementioned Explanatory Memorandum for extensive information on the background and the details of the draft Convention. The terminology in this report follows the Explanatory Memorandum.

Question 1: The scope of the draft Convention
Should industrial property disputes fall within the realm of the draft Convention?

The draft Convention applies to civil and commercial matters, with some exceptions. Hence, industrial property disputes will fall within the realm of the draft Convention. The first question asks for the opinion of the Groups in this respect.

A majority of the responding Groups favours the inclusion of a regulation on industrial property matters in the draft Convention. The Belgian Group made an extensive substantiation of this point of view. A minority rejects such inclusion, usually referring to the lack of harmonisation in this field of law.[4] Other Groups link their answer to the contents and the quality of the regulation in the draft Convention and prefer exclusion to the current text of Article 12(4).

The Paraguayan Group made an interesting proposal. It proposes to exclude intellectual property matters in the current draft Convention and suggests that the Hague Conference elaborate a specific protocol on intellectual property to be added to the Convention in due time.

Question 2: Lis pendens *and anti-torpedo*
What is the opinion of your Group about the lis pendens *rule in Article 21(1) and (6) of the draft Convention, especially in view of "torpedoes"?*

Article 21 concerns the rule of *lis pendens*. This *lis pendens* rule implies the obligation of the court second seised to suspend proceedings if proceedings between the same parties based on the same causes of action have been installed before a competent court in another Contracting State. The *lis pendens* rule does not apply if the court second seised has exclusive jurisdiction under, *inter alia*, Article 12. In addition, according to Article 21(6) the *lis pendens* rule does not apply if the action before the court first seised concerns a claim for non-infringement. This provision is an attempt to take the sting out of the so-called "torpedoes".

[1] Special Committee Q 153 consists of Prof. Constant van Nispen (chairman), Dr. Annette Kur (co-chairman), Pierre Véron, Yoshio Kumakura, Prof. Marianne Levin, Andrew Rich, Prof. Samuel Ricketson and Ferdinand de Visscher. The committee expresses its gratitude to Sierd J. Schaafsma who drafted the Questionnaire and the Explanatory Memorandum as well as this International Report and the resolution.

[2] Not reproduced in this tome, the Explanatory Memorandum and Questionnaire are available at <https://www.aippi.org/download/commitees/153/QS153q1153_questions_en.pdf> (last consulted 3 September 2012).

[3] All these countries are Member States of the Hague Conference, except for New Zealand, Paraguay and Ukraine (situation 15 March 2001).

[4] For example, the United Kingdom and the United States of America Groups.

A majority of the responding Groups supports the solution in Article 21(6) against torpedoes aiming at a declaration of non-infringement. The Belgian Group stresses the desirability of this solution in view of legal security and predictability. The Netherlands Group, although in favour of Article 21(6), noticed that this solution nonetheless causes some inequality as – in the end – it is the proprietor of the industrial property rights who decides which courts will be adjudicated. The alleged infringer may therefore be delayed in seeking certainty about a continuation of his challenged activities. For a single Group – the United Kingdom Group – this is a reason not to accept Article 21(6).

It is noticed that if the exclusive jurisdiction of Article 12(4) would be extended to infringement proceedings – see Question 9 –, the anti-torpedo provision in Article 21(6) loses its importance for industrial property cases. For proceedings on other civil and commercial matters, Article 21(6) may of course retain its importance.

Question 3: The rules on international jurisdiction in respect of validity[5]
(a) What is the current legal situation in your country regarding the international jurisdiction in respect of the validity of industrial property rights? More specifically:
(b) Has a court in your country jurisdiction to judge – as an incidental question – on the validity, the registration or the nullity of an industrial property right which is deposited or registered in another country?
(c) If the courts in your country have jurisdiction to judge on the validity of a foreign industrial property right, what is the effect of such incidental decision: erga omnes *or* inter partes*?*

Question 3 inquires about the current legal situation in the countries concerning international jurisdiction in respect of the validity of industrial property rights. It concentrates on the question whether national courts have jurisdiction to judge, as an incidental question, on the validity of industrial property rights deposited or registered abroad.

Under the national laws of a rather large majority of the responding Groups, the national courts do *not* have jurisdiction to judge on the validity of industrial property rights deposited or registered abroad. In this context it makes no difference whether the registration or validity issue is the principal question of the proceedings or an "incidental" question.

Under the laws of a minority of the responding Groups, however, such jurisdiction is possible. For example, Swiss national courts have jurisdiction to deal – as an incidental question – with the validity of foreign industrial property rights. Under the national laws of this minority, such incidental findings of invalidity only have an *inter partes* effect.

Article 12(4) of the draft Convention, permitting jurisdiction to try incidentally on the validity of foreign industrial property rights, therefore seems to contravene legal practice in the countries of a majority of the responding Groups.

Question 4: Opinion on international jurisdiction in respect of validity
(a) Should courts have international jurisdiction to try – as an incidental question – the validity, the registration or the nullity of industrial property rights deposited or registered in other countries? If yes, under which conditions and to what extent? Or:
(b) Should the courts of the country where the right is deposited or registered always have exclusive jurisdiction to try its validity, registration or nullity?
(c) Does your Group propose another solution?

A wide majority of the responding Groups is of the opinion that the court of registration should *always* have exclusive jurisdiction to try the validity of an industrial property right, whether the validity is the principal issue of the proceedings or an incidental issue. In this respect the Belgian Group proposes to add, for the sake of clarity, to the provision on counter-claims, Article 15, that it shall not apply to counter-claims covered by Article 12(4).[6]

The Netherlands Group points out that in a large majority of cases the validity issue is raised in infringement proceedings, either as a defence or by way of a counter-claim. To that extent, infringement and validity can be considered Siamese twins, the validity issue being triggered in a large majority of cases within the infringement context. Providing the infringement court with jurisdiction over the incidental issue of the validity therefore boils down to an unjustified – and perhaps unforeseen – erosion of the exclusive jurisdiction of the court of registration.

The United Kingdom Group rebuts, *inter alia*, the argument that Article 12(4) would be a cost and time saving solution. It stresses that, conversely, additional costs and time are inevitable because the court must bury itself in complex foreign industrial property laws, which in addition increases the risk of errors and, by consequence, the necessity to lodge appeals.

Some Groups, such as the Belgian and the Netherlands Group, refine their position by not excluding in advance incidental validity jurisdiction within the context of a family of States harmonising their industrial property laws such as the European Union. The latter Group adds, however, that even within the European Union the Article 12(4) solution has not been adopted in the recent EC Regulation that will replace the Brussels Convention.[7]

Only a few Groups, for example the Swiss and Brazilian Groups, argue that national courts should have jurisdiction to judge, as an incidental question, on the validity of foreign industrial property rights. The Swiss Group appeals to the efficiency of the Article 12(4) solution. The Ukrainian Group proposes a primary role for choice of jurisdiction.

In conclusion, Article 12(4) clashes with the wish of a wide majority of the responding Groups to provide for complete exclusive validity jurisdiction for the court of registration.

Question 5: The interpretation of Article 12(4)
Which interpretation of the words "proceedings which have as their object" in Article 12(4) would your Group prefer?

It is noted that Article 12(4) uses other vocabulary than Articles 16 (4) of the Brussels and Lugano Conventions. Article 12(4) is about "proceedings which have as their object", whereas said Articles 16 (4) are about "proceedings concerned with". AIPPI was given to understand that these wordings have a different meaning. Unfortunately, it is not very clear how the

[5] By "validity" the issues of registration, validity, and nullity are collectively meant (see the Explanatory Memorandum, *ibid.*, para. 25). In addition, the "courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place", mentioned in Art. 12(4), will be called the "court of registration" in this report.

[6] Art. 15 of the preliminary draft Convention reads as follows: "A court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based."

[7] See Art. 22(4) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ* EC of 16 January 2001, L12/1 *et seq.*

"proceedings which have as their object" in Article 12(4) – and in its slipstream Article 12(6) – should be interpreted exactly.

Two interpretations have been suggested. On the one part, it has been suggested that proceedings *which have as their object* the validity of an industrial property right are proceedings in which the validity is the "*principal issue*" or the "main issue". This is what the Nygh / Pocar Report to the draft Convention says.[8] On the other part, it may be argued that proceedings *which have as their object* the validity of an industrial property right are proceedings in which the *claim* deals with the validity of the industrial property rights.[9] The claim formulates the object of the proceedings.

Question 5 asks which of these two interpretations the Groups would prefer, under the hypothesis that the current text of Article 12(4) were adopted (hence, apart from the question whether the underlying principle would be acceptable for the Groups, see Question 4).

Practically all responding Groups preferred the claim-oriented interpretation, saying that proceedings "which have as their object" the validity of an industrial property right are proceedings in which the *claim* deals with the validity of the industrial property right. The suggested alternative interpretation focussing on the "principal issue" is considered to be too vague a criterion causing uncertainty. It will probably be interpreted differently by different courts in different countries. In addition, it seems impossible to discern a principal issue in proceedings in which both the infringement and the validity are at stake.

In conclusion almost all Groups reject the interpretation of Article 12(4) proposed in the Nygh / Pocar Report.

Question 6: The effect of invalidity
(a) Is it possible under your national law that an industrial property right is declared invalid between the litigating parties only?
(b) Is it possible under your national law that an industrial property right is found invalid between the litigating parties only?
(c) Can a foreign judgment, in which it is inter partes *decided that an industrial property right registered in your country is invalid, be recognised and enforced in your country (*e.g., *is it accepted by courts and / or the national industrial property offices)?*

The answers to this question provide for an unclear picture, showing widely differing approaches. A complete overview would exceed the limits of this report. The committee therefore refers to the national reports and confines itself to the observation on Question 6 a that an *inter partes* declaration of invalidity seems unusual.

Question 7: Raising the validity issue
(a) Can the invalidity of an industrial property right only be invoked by the defendant by way of a counter-claim or also as a defence, in your country?
(b) How should this rule be qualified: as a rule of substantive patent law or as a rule of procedural law?

The national rules on how the defendant should raise the validity issue also have effect on the present issue. May the validity issue be raised only by way of defence? Or only as a counter-claim? Or does the defendant have both possibilities?

Question 7 inquires about the legal situation in this respect in the countries. The answers of the Groups show a varied kaleidoscope of different approaches. It seems that in a bare majority of countries of the responding Groups both an invalidity defence and an invalidity counter-claim are possible. However, in other countries such as Finland, Greece and Mexico, the defendant may only invoke the invalidity by way of a counter-claim.

It seems that in a bare majority of countries of the responding Groups these rules are qualified as procedural law rules whereas in other countries they are considered to be substantive law rules. In a few countries their qualification is not clear. This qualification touches upon a specific problem. As explained above, in some countries invalidity of an industrial property right may only be invoked by the defendant by way of a counter-claim and not as a mere defence. This brings about the following conflict of law problem. Suppose the court in country A has jurisdiction as to proceedings concerning the infringement of a patent registered in country B. The defendant raises the invalidity of the patent as a defence. According to the law of country B, it is possible to do so, but in country A it is not possible to invoke the invalidity merely as a defence; it should be invoked in a counter-claim. The problem arises whether this is a question of procedural law or a question of substantive patent law. If it is a question of substantive patent law under the private international law of country A, a court in that country may have to deal with the defence.[10] However, should it be qualified as a question of procedural law, then the court will probably apply its own (procedural) law, denying the possibility to raise this defence. In that event, the defendant will have to start separate invalidation proceedings in country B. The laws of different countries apparently provide for different solutions for this problem.

Question 8: The present rules on infringement jurisdiction
Under your national law, can a court be competent to try the infringement of an industrial property right which is deposited or registered in another country?

The Brussels and Lugano Conventions make it possible that a court has jurisdiction to try the infringement of an industrial property right which is deposited or registered in another country. For example, if the defendant has his habitual residence in a Member State, Articles 2 of these Conventions provide for jurisdiction in this Member State to try the infringement in another country.[11] A number of the Member States to the Brussels and Lugano Conventions seem to work with a similar rule in cases to which these Conventions do not apply.

As far as non-Member States to the Brussels and Lugano Conventions are concerned, it seems that in many countries of the responding Groups the rule is adopted that the court of registration has exclusive jurisdiction, not only as to the validity issue, but also as to the infringement of the indus-

[8] Nygh / Pocar Report (*supra* p. 207 of this tome), Nos 175-177; Art. 12(6) was designed to confirm this interpretation.
[9] The French text seems to confirm this interpretation, saying: "*Si l'action porte sur* l'inscription, la validité ou la nullité [...]".

[10] Assuming that the rules of private international law of country A point at the law of country B to be applied on the patent issue.
[11] In this context the Netherlands Group explains the cross-border injunction practice in the Netherlands in European patent cases, which practice attracted international attention. This cross-border practice rested in essence on a broad interpretation of the *forum connexitatis* jurisdiction in Arts 6 (1) of the Brussels and Lugano Conventions. In its judgment of 23 April 1998, the Court of Appeal in The Hague limited the *forum connexitatis* jurisdiction by introducing the so-called spider-in-the-web doctrine in respect of Art. 6 (1) (*EGP v. Boston Scientific*, published in *IER* 1998/30). Shortly, this doctrine applies in cases where defendants, domiciled in several countries and belonging to the same group of companies, allegedly infringe several parallel European patents by marketing the same product. In such a case, the Netherlands court is competent to hear the *infringement* claims against all defendants if the headquarters ("the spider") are located in the Netherlands. By the way, as soon as the *validity* issue is raised the basic rule applies, stipulating that infringement proceedings must be suspended awaiting the validity decision of the foreign court. However, if the invalidity defence is immediately considered not to be serious at all, the court may – with caution – proceed with the infringement issue.

trial property right. This is for example the case in Argentina, Canada, Mexico, Paraguay and the United States of America.

In conclusion, there is no univocal international legal practice as to the question whether a national court is competent to try the infringement of an industrial property right which is deposited or registered in another country.

Question 9: Opinion on infringement jurisdiction
(a) Should, according to the opinion of your Group, the exclusive jurisdiction of Article 12(4) of the draft Convention also apply to the infringement of industrial property rights?
(b) If yes, should a distinction be made between patents and other industrial property rights, to the extent that this exclusive jurisdiction does not apply to patent infringements (proposal of Art. 12(5))?

Question 9 asks for the opinions of the Groups about the proposal to extend the exclusive jurisdiction ground in Article 12(4) to infringement issues. In this view, only the court of registration has jurisdiction to try the infringement of an industrial property right deposited or registered in that country; a court is not competent to try the infringement of a foreign industrial property right. This issue seems to be a key problem: opinions are strongly divided, thus creating a *deadlock*.

A majority of the responding Groups supports the concept of exclusive infringement jurisdiction, *i.e.*, the rule that the court of registration is exclusively competent to deal with the infringement of industrial property rights, which are deposited or registered in that country. Some of these Groups support this concept without any reservation. Other Groups, such as the Belgian Group, are of the opinion that exclusive infringement jurisdiction would be appropriate in a global context, but is not necessarily the right approach in a regional context (for example within the European Union).

A minority of the responding Groups favours non-exclusive infringement jurisdiction. These Groups generally appeal to the possibilities for the proprietor of industrial property rights to effectively attack a multi-State infringement before one court, a weighty question in an age of increasing internationalisation.

The responding Groups were unanimous on this: they all rejected the distinction between patents and other industrial property rights in the proposed Article 12(5). This provision is considered unfounded and inappropriate.

Question 10: Suggestions
Please feel free to propose other solutions to the problems at hand. For example, what does your Group think about the suggestion in paragraph 49?

Reference is made to the suggestion made in the various national reports.[12]

Question 10 specifically inquires about the suggestion in paragraph 49 of the Explanatory Memorandum, which suggestion might offer a solution of the fundamental problems on the scope of exclusive jurisdiction.

If a competent infringement court in a country other than the country of registration is confronted with an invalidity defence, it might – possibly upon request by the plaintiff – order that the defendant, within a given time, has to install invalidation proceedings in the country of registration, in which case the proceedings are suspended. If no invalidation proceedings are installed, the court may treat the defence as unfounded, although this would amount, strictly speaking, to an incidental finding on the validity issue.[13] In this way, the danger that the invalidity defence may be misused in order to deprive the plaintiff of the possibility to have the case decided in one lawsuit before a single court could be contravened, while on the other hand, the possibly adverse effects of an incidental ruling on validity could also be avoided.

Not all Groups considered this suggestion. Some Groups, such as the United States of America and the Netherlands Groups, were not unsympathetic towards this solution. Other groups, such as the Swiss and the United Kingdom Groups expressed – for very different reasons – their objections.

GENERAL CONCLUSION

I. On the basis of the preceding Special Committee Q 153 concludes that a clear picture has been obtained on a number of issues:

a. The Groups unanimously reject the proposed *Article 12(5)* (Question 9 b).

b. Almost all Groups reject the *interpretation of Article 12(4)* in the Nygh / Pocar Report, which says that proceedings that have as their object the validity of an industrial property right are proceedings in which the principal issue is said validity. The claim-oriented interpretation is preferred (Question 5).

c. The *anti-torpedo provision* in Article 21(6) is supported by a majority of the responding Groups (Question 2).

II. However, on the *fundamental* question concerning the scope of the exclusive jurisdiction of the court of registration in Article 12(4), opinions differ within AIPPI. And not only opinions differ – also national laws provide for very different solutions.[14]

III. On the one side of the spectrum, it is proposed to *restrict* the exclusive jurisdiction to proceedings in which the registration, validity or nullity of an industrial property right is the principal issue. Such restricted exclusive jurisdiction, however, is rejected by a large majority of the responding Groups. This majority supports exclusive jurisdiction in respect of the validity issue, whether the validity is the principal question of the proceedings or an incidental question (Question 4).

IV. On the other side of the spectrum, it is proposed to *extend* the exclusive jurisdiction to infringement proceedings. The reactions to this proposal show a more diverse picture, although a majority seems to support such exclusive jurisdiction (Question 9). At the same time, it is recognised that in an age of increasing internationalisation such approach might cause problems.

V. Special Committee Q 153 concludes that at this moment there is *no consensus* within AIPPI on the fundamental issue concerning the scope of exclusive jurisdiction. The committee observes that not only within AIPPI opinions differ on this issue. During the Experts Meeting of the Hague Conference,

[12] Suggestions were made by the Groups of Argentina, Belgium, Brazil, Egypt, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Paraguay, Switzerland, Ukraine, the United Kingdom and the United States of America.

[13] Such "incidental invalidity finding" could be avoided by adopting the suggestion of the Netherlands Group to consider the failure to initiate invalidity proceedings in a timely manner as a *waiver* of the invalidity defence. Art. 5(1) of the preliminary draft Convention should then be modified.

[14] See Questions 3 (validity) and 8 (infringement); see also Questions 6 and 7 on side issues in this respect.

convened in Geneva on 1 February 2001, the same controversy came up.[15]

VI. In the short term – for example before the final Diplomatic Session of the Hague Conference in spring 2002 – consensus on a well thought-out regulation on intellectual property is highly unlikely. The committee *concludes* that in view of the present lack of consensus, intellectual property matters should be *excluded* from the substantive scope of the draft Convention.[16]

VII. However, the committee recognises the growing importance – and complexity – of the private international law aspects of intellectual property matters. It realises that it is *desirable* to set an international regulation in this respect and that the draft Convention is the most appropriate vehicle for such regulation. It *recalls* that a majority of the responding Groups favours an intellectual property regulation in the draft Convention.

VIII. The committee therefore suggests that the Hague Conference elaborate a specific *protocol* on intellectual property to be added to the Convention in due time.[17] This approach gives time to study this complex matter and to examine whether consensus can be reached. In this context the committee remarks that it is of the opinion that the approach outlined under Question 10 deserves further study.

IX. Consequently, Special Committee Q 153 advises the General Assembly of the AIPPI, convened in Melbourne on 30 March 2001, to adopt the attached *resolution*, in which AIPPI recommends to exclude intellectual property matters from the current draft Convention and calls on the Hague Conference to elaborate a specific additional protocol on intellectual property.

The Hague, 15 March 2001

[15] See Questions 3 (validity) and 8 (infringement); see also Questions 6 and 7 on side issues in this respect.

[16] The exclusion should be implemented in Art. 1(2) of the preliminary draft Convention. Deletion of Art. 12(4), (5) and (6) is of course not enough, as such deletion leaves the infringement rules intact (and one should not provide for infringement rules without taking care for rules on the validity jurisdiction). It is submitted that, although AIPPI restricted its quest to industrial property matters, it would seem logical to exclude all intellectual property matters and not just industrial property matters. The committee recognises that it is difficult to define "intellectual property matters". In drafting such definition Art. 1.2 of the 1994 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS, Annex 1C to the Agreement establishing the World Trade Organisation, Marrakech, 15 April 1994) could serve as a starting point, although it should be realised that said Article does not seem to cover all intellectual property rights. The committee is prepared, if requested, to render assistance to the Hague Conference in drafting a definition.

[17] The committee adopts the suggestion from the Paraguayan Group (see Question 1).

Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens

ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 15 de mai 2001

INTRODUCTION

1 La Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui s'est réunie à La Haye du 8 au 12 mai 2000, afin d'examiner l'avancement des travaux en cours, et notamment l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale, a fait les recommandations suivantes sur le calendrier et l'organisation de la Dix-neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé :

> « 1 Que la Conférence diplomatique [qui avait été envisagée à l'origine pour octobre 2000, soit reportée et] soit divisée en deux sessions, dont la première pourrait avoir lieu en juin 2001, et la deuxième à la fin de l'année 2001 ou au début de l'année 2002.
>
> La première session d'une ou deux semaines devrait avoir pour objet d'examiner toute proposition faite, sans toutefois conduire à des prises de décisions définitives, à moins qu'un consensus ou presque n'ait été atteint sur certaines propositions.
>
> La deuxième session de deux ou trois semaines devrait procéder selon les procédures habituelles des Conférences diplomatiques.
>
> 2 Qu'avant la Conférence diplomatique des réunions, ouvertes à tous les États, soient tenues sur une base informelle et organisées spécifiquement à cette fin ou en liaison avec d'autres réunions qui pourraient être tenues entre les Gouvernements participant aux travaux de la Conférence de La Haye, afin de faire progresser l'examen et la rédaction de propositions pour résoudre d'importantes questions de substance et de technique. »[1]

2 Les Organes nationaux des États membres ont été informés des réunions qui devraient être organisées à cette fin (dans la mesure où elles étaient déjà connues à ce moment-là) par lettre circulaire L.c. ON No 44(00).

3 Depuis la Commission spéciale de mai 2000, les réunions informelles suivantes ont eu lieu, dans le but de préparer la première partie de la Session diplomatique :

– Washington D.C., du 30 octobre au 1er novembre 2000, à l'invitation des États-Unis d'Amérique (voir aussi la Note aux participants de la Commission spéciale sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en date du 28 septembre 2000, dont copie fut envoyée aux Organes nationaux).

– La Haye, du 11 au 12 décembre 2000, conférence conjointe de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et la Conférence de La Haye de droit international privé sur les méthodes alternatives de règlement des différends (ADR) (voir la lettre circulaire L.c. ON No 62(00)).

– Bâle, du 13 au 15 décembre 2000, à l'invitation du Gouvernement helvétique (voir la lettre circulaire L.c. ON No 44(00) et l'invitation du Gouvernement helvétique du 26 octobre 2000).

– Genève, 1er février 2001, une réunion d'experts sur les aspects de propriété intellectuelle de la future Convention organisée à l'occasion du Colloque sur le droit international privé et la propriété intellectuelle réuni par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève les 30 et 31 janvier 2001 (voir la lettre circulaire L.c. ON No 67(00)).

– Ottawa, du 26 février au 2 mars 2001, à l'invitation du Gouvernement du Canada, avec un accent mis sur le commerce électronique (voir lettre circulaire L.c. ON No 2(01)).

– Édimbourg, du 23 au 26 avril 2001, à l'invitation du Gouvernement du Royaume-Uni et de l'exécutif écossais (voir la lettre d'invitation du 12 mars 2001 et la lettre circulaire L.c. ON No 25(01)).

4 En ce qui concerne la réunion conjointe OCDE / CCI / Conférence de La Haye de droit international privé qui s'est tenue à La Haye du 11 au 12 décembre 2000 sur les méthodes alternatives de règlement des différends (ADR), un rapport daté du 19 avril 2001 a été établi en langue anglaise seulement par l'OCDE et intitulé : « Building Trust in the Online Environment : Business-to-Consumer Dispute Resolution ». Ce rapport est accessible sur le site Internet de l'OCDE[2].

5 Un rapport complet de la réunion d'experts sur les aspects de propriété intellectuelle de la future Convention a été établi en anglais et en français par le Bureau Permanent[3].

6 Bien que les réunions informelles de Washington, Bâle, Genève et Ottawa n'aient pas fait l'objet de rapports, les travaux de ces quatre réunions ont résulté en une série de propositions qui ont été présentées à la réunion d'Édimbourg. Un rapport sur ces travaux de la réunion d'Édimbourg, avec des documents de travail en annexe, a été établi par l'exécutif écossais et peut être obtenu auprès du Bureau Permanent (en anglais uniquement).

7 Le lecteur trouvera en annexe les documents issus des groupes de travail à Édimbourg, ainsi que plusieurs autres documents distribués lors de cette réunion avec une traduction en français établie par le Bureau Permanent :

Annexe I : Document de synthèse sur la compétence en matière de contrats, établi par le Groupe de travail « contrats » ;

Annexe II : Document de synthèse sur la compétence en matière de délits, établi par le Groupe de travail « délits » ;

[1] « Conclusions de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », établies par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 10 de juin 2000, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002)*, tome I, *Matières diverses*, p. 78 à 102, à la p. 82.

[2] À l'adresse <http://www.oecd.org/sti/consumerpolicy/buildingtrustintheonline-environmentbusiness-to-consumerdisputeresolution.htm>, disponible en anglais uniquement (dernière consultation le 3 septembre 2012).

[3] « Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale – Genève, 1er février 2001 », Doc. prél. No 13 d'avril 2001 (ci-dessus p. 332 du présent tome).

Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 15 of May 2001

INTRODUCTION

1 The Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law, which met at The Hague from 8 to 12 May 2000 for the purpose of examining the status of the work in progress, in particular concerning the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, made the following recommendations in respect of the timing and organisation of the Nineteenth Session of the Hague Conference on Private International Law:

> "1 That the Diplomatic Conference [which had been planned for October 2000, be postponed and] be divided into two sessions, the first to be held in June 2001 and the second at the end of 2001 or the beginning of 2002.
>
> The first session should last one or two weeks for the purpose of discussing any proposals which have been made, but without decisions being made at that session, unless consensus or a near consensus has been reached on certain proposals.
>
> The second session of two or three weeks duration should proceed in the normal way for Diplomatic Conferences.
>
> 2 That prior to the Diplomatic Conference meetings on an informal basis be held, open to all States, either to be arranged for that purpose or in connection with such other meetings that may be held between the Governments participating in the Hague Conference, with a view to advancing the consideration and drafting of proposals for resolving important substantive and technical issues."[1]

2 The National Organs of the Member States were informed of the meetings to be held for such purposes (as they were then known) by circular letter L.c. ON No 44(00).

3 Since the Special Commission of May 2000, the following meetings have been held in order to further prepare the first part of the Diplomatic Session:

– Washington, DC, from 30 October to 1 November 2000, on the invitation of the United States of America (see also Note to the participants of the Special Commission on jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters of 28 September 2000, a copy of which was sent to the National Organs).

– The Hague, 11-12 December 2000, joint conference of the Organisation for Economic Co-operation Development (OECD), the International Chamber of Commerce (ICC) and the Hague Conference on Private International Law on alternative means of dispute resolution (ADR) (see circular letter L.c. ON No 62(00)).

– Basle, 13-15 December 2000, on the invitation of the Swiss Government (see circular letter L.c. ON No 44(00) and letter of invitation by the Swiss Government dated 26 October 2000).

– Geneva, 1 February 2001, Experts meeting on the intellectual property aspects of the future Convention organised in connection with the Forum on Private International Law and Intellectual Property convened by the World Intellectual Property Organisation (WIPO), held in Geneva on 30 and 31 January 2001 (see circular letter L.c. ON No 67(00)).

– Ottawa, 26 February to 2 March 2001, Experts meeting on the specific requirements of electronic commerce (see circular letter L.c. ON No 2(01)).

– Edinburgh, 23-26 April 2001, on the invitation of the Government of the United Kingdom and of the Scottish Executive Commission (see letter of invitation by the Scottish Executive dated 12 March 2001 and circular letter L.c. ON No 25(01)).

4 As far as the joint OECD / ICC / Hague Conference on Private International Law meeting on ADR (held at The Hague, 11-12 December 2000) is concerned, a report dated 19 April 2001 was prepared by the OECD, in English only, entitled: "Building Trust in the Online Environment: Business-to-Consumer Dispute Resolution", which is accessible on the OECD website.[2]

5 A full report on the Experts meeting on the intellectual property aspects of the future Convention (held in Geneva, 1 February 2001) was drawn up in English and French, by the Permanent Bureau.[3]

6 Although no reports were prepared of the informal meetings in Washington, Basle, Ottawa and Geneva, the work of these meetings culminated in a series of proposals which were put forward at the Edinburgh meeting. A report on the proceedings of the Edinburgh meeting with working documents attached, was prepared by the Scottish Executive and may be obtained from the Permanent Bureau (in English only).

7 The reader will find attached the documents resulting from the working groups in Edinburgh and several other documents distributed at that meeting, with a translation into French drawn up by the Permanent Bureau, as follows:

Annex I: Synthesis document on contract jurisdiction, prepared by the Working Group on Contracts;

Annex II: Synthesis document on jurisdiction for torts or delicts, prepared by the Working Group on Torts;

[1] "Conclusions of the Special Commission of May 2000 on General Affairs and Policy of the Conference", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 10 of June 2000, *Proceedings of the Nineteenth Session (2001/2002)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 79-103, at p. 83.

[2] At <www.oecd.org/sti/consumerpolicy/buildingtrustintheonlineenvironmentbusiness-to-consumerdisputeresolution.htm>, available in English only (last consulted 3 September 2012).

[3] "Report of the Experts Meeting on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters – Geneva, 1 February 2001", Prel. Doc. No 13 of April 2001 (*supra* p. 333 of this tome).

Annexe III-A: Document de synthèse sur les contrats de consommateurs et les contrats de travail, établi par le Groupe de travail « contrats de consommateurs » ;

Annexe III-B : Proposition de la France pour les consommateurs ;

Annexe IV: Rapport du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle ;

Annexe V: Note relative aux mesures provisoires et conservatoires ;

Annexe VI-A : Compétences interdites – Proposition du Japon ;

Annexe VI-B: Compétences interdites – Proposition du Royaume-Uni ;

Annexe VI-C : Compétences interdites – Proposition de l'Allemagne ;

Annexe VII : Structure formelle de la Convention – Approches possibles, note commune et propositions individuelles de R. Brand, D. Goddard et A. Bucher ;

Annexe VIII : Formule A – Confirmation de l'existence d'un jugement, proposition des États-Unis d'Amérique.

ANNEXE I

Compétence en matière de contrats

Article 6 Contrats

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

a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie ;

b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ;

c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.

2 Le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le défendeur exerce des activités fréquentes ou une activité importante, ou de l'État vers lequel il dirige [intentionnellement] de telles activités, dans le but de promouvoir [la conclusion de contrats][, ou la négociation] ou l'exécution d'un contrat, pourvu que l'action se fonde sur un contrat directement lié à ces activités.

3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter d'être sujet à une obligation ou d'exécuter une obligation dans cet État.

[4 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque la seule activité pertinente consiste en un paiement d'une somme d'argent, sauf si cette obligation incombe aux deux parties (tels les contrats de prêt ou des opérations de change).]

ANNEXE II

Article 10 Compétence en matière de délits

1 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission à l'origine du dommage, ou

b) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État.

[2 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le défendeur exerce des activités fréquentes ou une activité importante, ou de l'État vers lequel il dirige [intentionnellement] de telles activités, pourvu que l'action résulte de ces activités.][4]

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter d'exercer une activité sur le territoire de cet État ou de diriger une telle activité vers cet État.]

[4 Le demandeur peut également introduire une action conformément aux dispositions du paragraphe premier [des paragraphes 1 et 2], lorsque soit l'acte ou l'omission, soit le dommage est susceptible de se produire.]

5 Si une action est introduite devant les tribunaux d'un État en vertu seulement du lieu où le dommage a pris naissance [ou est susceptible de se produire], ces tribunaux ne sont compétents que pour le dommage survenu [ou pouvant survenir] dans cet État, sauf si la partie lésée a sa résidence habituelle dans cet État.

ANNEXE III-A

Contrats avec des consommateurs et contrats de travail[5]
Note : L'usage de crochets dans ce texte indique les questions qui nécessitent un examen plus approfondi.

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

1 Cet article s'applique aux contrats conclus par une personne physique qui conclut ce contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) avec une personne qui conclut ce contrat dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (le professionnel)[, à moins que le professionnel ne prouve qu'il ne savait pas et n'avait aucune raison de savoir que le consommateur concluait le contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique et qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il l'avait su].

2 Un consommateur peut introduire une action devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat qui donne lieu à l'action fait partie des activités du professionnel exercées dans cet État ou dirigées vers cet État[, à moins que :

a) le consommateur n'ait accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État ; et

b) {les biens n'aient été livrés ou les services n'aient été fournis au consommateur alors qu'il se trouvait dans cet autre État}].

[4] En examinant cette disposition, la portée du para. 1er devra également être prise en considération.
[5] Version 0.6, présentée lors de la Séance plénière à Édimbourg.

Annex III-A: Synthesis document on consumer and employment contracts, prepared by the Working Group on Consumer Contracts;

Annex III-B: Proposal of France for consumers;

Annex IV: Report of the Working Group on Intellectual Property;

Annex V: Note in relation to provisional and protective measures;

Annex VI-A: Prohibited grounds of jurisdiction – Proposal of Japan;

Annex VI-B: Prohibited grounds of jurisdiction – Proposal of the United Kingdom;

Annex VI-C: Prohibited grounds of jurisdiction – Proposal of Germany;

Annex VII: Formal structure of the Convention – Possible approaches, joint note and three proposals from R. Brand, D. Goddard and A. Bucher;

Annex VIII: Form A – Confirmation of judgment, proposal of the United States of America.

ANNEX I

Contract jurisdiction

Article 6 Contracts

1 A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;

b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;

c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

2 A plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State in which the defendant has engaged in frequent or significant activity, or has [intentionally] directed such activity into that State, for the purpose of promoting [the conclusion of contracts][, or negotiating] or performing a contract, provided that the claim is based on a contract directly related to that activity.

3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into or performing an obligation in that State.

[4 The preceding paragraphs do not apply to situations where the sole relevant activity is the payment of money provided that this exclusion shall not apply where the performance required on both sides consists of the payment of money (such as a loan or a contract for the purchase and sale of currency).]

ANNEX II

Article 10 Jurisdiction for torts or delicts

1 A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.

[2 A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State in which the defendant has engaged in frequent or significant activity, or has [intentionally] directed such activity into that State, provided that the claim arises out of that activity.][4]

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid acting in or directing activity into that State.]

[4 A plaintiff may also bring an action in accordance with paragraph 1 [or 2] when the act or omission, or the injury may occur.]

5 If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose [or may occur] there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred [or may occur] in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.

ANNEX III-A

Consumer contracts and employment contracts[5]
Note: The use of square brackets in this text indicates matters which require further consideration.

Article 7 Contracts concluded by consumers

1 This Article applies to contracts concluded between a natural person who concludes a contract primarily for personal, family or household purposes (the consumer), and a person who concludes a contract for the purposes of his or her trade or profession (the business)[, unless the business demonstrates that it neither knew nor had reason to know that the consumer was concluding the contract primarily for personal, family or household purposes and would not have entered into the contract if it had known otherwise].

2 A consumer may bring proceedings in the courts of the State in which the consumer is habitually resident if the conclusion of the contract to which the claim relates arises out of activities which the business engaged in in that State, or directed to that State[, unless –

a) the consumer took the steps necessary for the conclusion of the contract in another State; and

b) {the goods or services were supplied to the consumer while the consumer was present in that other State}].

[4] When considering this provision, the scope of para. 1 will have equally to be examined.
[5] Version 0.6, presented to Plenary Session in Edinburgh.

3 Aux fins du paragraphe 2 l'activité du professionnel :

a) inclut la promotion, la sollicitation ou la négociation de contrats ; et

b) [ne sera pas considérée comme dirigée vers un État si le professionnel démontre qu'il a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet État.]

4 Un professionnel peut introduire une action contre un consommateur en vertu de la Convention seulement :

a) devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du consommateur ; ou

b) si le professionnel et le consommateur ont conclu un accord auquel le paragraphe 5 *a)* ou *c)* ou *d)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

5 L'article 4 s'applique à un accord conclu entre un professionnel et un consommateur seulement :

a) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

b) dans la mesure où il permet au consommateur de porter une action devant les tribunaux d'un État autre que l'État de sa résidence habituelle ; ou

c) [si au moment où l'accord a été conclu, le consommateur et le professionnel ont leur résidence habituelle dans le même État, et l'accord prévoit la compétence des tribunaux de cet État, pour autant que cet accord ne soit pas contraire au droit de cet État[6] ; ou]

d) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le consommateur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

Article 8 Contrats individuels de travail

1 Cet article est applicable en matière de contrat individuel de travail.

2 Le travailleur peut introduire une action contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail, [à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

b) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans un État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur.

3 L'employeur peut introduire une action contre le travailleur en vertu de la Convention seulement :

a) devant les tribunaux de l'État :

i) de la résidence habituelle du travailleur ; ou

ii) dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ; ou

b) si le travailleur et l'employeur ont conclu un accord auquel le paragraphe 4 *b)* ou *c)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

4 L'article 4 est applicable au contrat conclu entre un travailleur et un employeur seulement :

a) dans la mesure où il permet au travailleur de porter une action devant les tribunaux d'un État autre que l'État auquel fait référence le paragraphe 2 ; ou

b) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

c) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le travailleur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

Article 25

« Sous réserve de l'article 25 *bis* [...] »

[*Article 25* bis

1 Un État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, ou indiquer quelles sont les conditions auxquelles il reconnaîtra ou exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, lorsque :

a) le jugement a été rendu par le tribunal d'origine en vertu des articles 7(2) ou 8(2) ;

b) les parties avaient conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4 par lequel elles désignent un tribunal autre que le tribunal d'origine.

[Une déclaration en vertu du présent article ne peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en application des articles 7(2) ou 8(2) si l'État contractant qui fait la déclaration serait compétent en vertu de l'article pertinent dans un cas correspondant.]

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée par un État contractant qui a fait une déclaration prévue par le paragraphe premier conformément aux termes de cette déclaration.]

ANNEXE III-B

Déclaration

Article X

Tout État contractant est tenu de déclarer au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la présente Convention, ou à tout moment ultérieurement, si les jugements rendus sur la base de l'article 7 seront reconnus et exécutés sur son territoire conformément au chapitre III de la présente Convention. Cette déclaration n'aura d'effet que dans les rapports entre les États contractants qui auront déclaré accepter cette reconnaissance et exécution.

Article 25 bis

Les jugements fondés sur une compétence prévue à l'article 7, alors que les parties au contrat sont convenues d'une élection de for conforme à l'article 4 antérieure au différend, désignant un tribunal différent du tribunal d'origine, ne peut être reconnue et exécutée en vertu du présent chapitre qu'entre les États ayant fait la déclaration prévue à l'article X.

[6] Cf. le texte de l'art. 17, para. 3, du Règlement de Bruxelles (Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

3 For the purposes of paragraph 2 activity by the business –

a) includes the promotion, solicitation or negotiation of contracts; and

b) [shall not be regarded as being directed to a State if the business demonstrates that it took reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in that State.]

4 A business may bring proceedings against a consumer under this Convention only –

a) in the courts of the State in which the consumer is habitually resident; or

b) if the business and the consumer have entered into an agreement to which paragraph 5 *a)* or *c)* or *d)* applies, in the court designated in that agreement.

5 Article 4 applies to an agreement between a business and a consumer only –

a) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

b) to the extent that it allows the consumer to bring proceedings in the courts of a State other than the State in which the consumer is habitually resident; or

c) [if at the time the agreement is entered into, both the consumer and the business are habitually resident in the same State, and the agreement confers jurisdiction on the courts of that State, provided that the agreement is not contrary to the law of that State;[6] or]

d) to the extent that the agreement is binding on the consumer under the law of the State in which the consumer is habitually resident at the time the agreement is entered into.

Article 8 Individual contracts of employment

1 This Article applies in matters relating to individual contracts of employment.

2 An employee may bring a claim against the employer –

a) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work, [unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

b) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated.

3 An employer may bring a claim against the employee under this Convention only –

a) in the courts of the State:

i) in which the employee is habitually resident; or

ii) in which the employee habitually carries out his work; or

b) if the employee and the employer have entered into an agreement to which paragraph 4 *b)* or *c)* applies, in the court designated in that agreement.

4 Article 4 applies to an agreement between an employee and an employer only –

a) to the extent that it allows the employee to bring proceedings in the courts of a State other than the State referred to in paragraph 2; or

b) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

c) to the extent that the agreement is binding on the employee under the law of the State in which the employee is resident at the time the agreement is entered into.

Article 25

"Subject to Article 25 *bis* [...]"

[*Article 25* bis

1 A Contracting State may make a declaration that it will not recognise or enforce a judgment under this Chapter, or a declaration specifying the conditions under which it will recognise or enforce a judgment under this Chapter, where:

a) the judgment was rendered by the court of origin under Article 7(2) or Article 8(2); and

b) the parties had entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4 designating a court other than the court of origin.

[A declaration under this Article may not deny recognition and enforcement of a judgment given under Article 7(2) or Article 8(2) if the Contracting State making the declaration would exercise jurisdiction under the relevant Article in a corresponding case.]

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused by a Contracting State that has made a declaration contemplated by paragraph 1 in accordance with the terms of that declaration.]

ANNEX III-B

Declaration

Article X

Each Contracting State shall declare, when ratifying this Convention or acceding to it, or at any later moment, whether decisions taken on the basis of Article 7 in the other Contracting States are recognised or enforced on its territory in accordance with Chapter III of this Convention. Such a declaration shall have effect exclusively in the relationship with other Contracting States, which have declared that they accept to recognise or enforce such decisions.

Article 25 bis

A judgment taken in accordance with Article 7 where the business and the consumer had entered into an agreement of choice of forum which conforms with the requirements of Article 4 entered into before the dispute arose and designating a court other than the court of origin, shall duly be recognised and enforced in accordance with this chapter only between the Contracting States which have made the declaration in accordance with Article X.

[6] *Cf.* text of Art. 17(3) of the Brussels Regulation (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters).

ANNEXE IV

Rapport du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle[7]

Le Groupe de travail sur la propriété intellectuelle, qui s'est réuni à Édimbourg les 25 et 26 avril 2001, a décidé de ne pas retenir le libellé actuel de l'article 12(4) à (6) comme base de discussion. À la place, dans le but de faciliter la discussion (tant dans le Groupe de travail que par la suite lors de la Séance plénière et des consultations nationales futures), il a été décidé d'examiner et de traiter chaque droit de propriété intellectuelle (ci-après PI) séparément. Il est possible que ces droits de PI appellent à un traitement différencié, notamment en ce qui concerne une éventuelle compétence exclusive. Le fait d'examiner chaque droit de PI séparément dans un premier temps permet d'évaluer plus clairement les besoins et les intérêts liés spécifiquement à chacun d'entre eux. S'il s'avérait ultérieurement que des règles similaires ou même identiques pour des droits de PI différents seraient appropriées, les différents projets de dispositions pourraient facilement être fondus en un seul article[8].

Par conséquent, le Groupe de travail a discuté des projets d'articles de Convention suivants concernant les brevets et les marques (tant enregistrées que non enregistrées). Le Groupe a ensuite mené une discussion générale sur la façon de traiter les droits d'auteur et d'autres droits de PI. Un résumé de cette discussion, qui par manque de temps disponible n'a pas pu être conclue, figure ci-dessous (point 3).

De plus amples informations, notamment sur les considérations qui ont mené aux termes « dans lequel, ou pour lequel » dans le paragraphe 1 des propositions relatives aux brevets et aux marques, et la suite de ce paragraphe figurent dans le document présenté par le Royaume-Uni « IP: The way forward »[9], qui a servi de base à la discussion.

À côté de ce document et du présent rapport, il est rappelé que certaines des Observations sur l'avant-projet de Convention qui ont été faites par des États membres et des observateurs et transmises au Bureau Permanent, contiennent également une prise de position sur des questions de PI[10].

I *Brevets*

1 Dans les procédures relatives à la délivrance, la résiliation, la validité[11], l'invalidité, la possibilité de mise en œuvre ou l'impossibilité de mise en œuvre[12] ou la violation[13] d'un brevet[14], les tribunaux[15] de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, le brevet a été délivré, seront exclusivement compétents; étant entendu que, lorsque, en application d'un instrument international en vigueur dans l'État contractant en question, un autre tribunal ou d'autres tribunaux remplacent les tribunaux nationaux pour ce qui est de certaines ou de toutes les questions susmentionnées, ce tribunal ou ces tribunaux seront exclusivement compétents dans la mesure où ils remplacent les tribunaux nationaux. Dans ce paragraphe, le terme « tribunal » désigne tout organe, administration ou entité qui a la compétence de rendre des décisions obligatoires sur des questions de droit; le terme « instrument international » signifie une convention internationale ou une mesure obligatoire adoptée par une organisation instituée par un traité.

2 Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsqu'un des points susmentionnés se pose à titre de question incidente. Aux fins de cet article, une question incidente est une question soulevée lors d'une procédure qui n'est en elle-même ni une demande principale, ni une demande reconventionnelle portant sur la violation d'un brevet, sur la délivrance ou la résiliation, ou sur un jugement déclaratoire de validité, d'invalidité, de possibilité de mise en œuvre ou d'impossibilité de mise en œuvre d'un brevet[16].

II *Marques*[17]

1 Dans des procédures concernant la violation[18], la validité, la renonciation, la nullité, l'annulation ou la résiliation d'une marque enregistrée ou d'une marque pour laquelle une demande d'enregistrement a été déposée, les tribunaux de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, la marque a été enregistrée ou la demande a été déposée, seront exclusivement compétents; étant entendu que, lorsque, en application d'un instrument international en vigueur dans l'État contractant en question, un autre tribunal ou d'autres tribunaux remplacent les tribunaux nationaux pour ce qui est de certaines ou de toutes les questions susmentionnées, ce tribunal ou ces tribunaux seront exclusivement compétents dans la mesure où ils remplacent les tribunaux nationaux. Dans ce paragraphe, le terme « tribunal » désigne tout organe, administration ou entité qui a la compétence de rendre des décisions obligatoires sur des questions de droit; le terme « instrument international » signifie une convention internationale ou une mesure obligatoire adoptée par une organisation instituée par un traité.

[7] Seconde version révisée après la Séance plénière du 26 avril 2001.

[8] Si, à une étape ultérieure, cet article ou une disposition similaire devait être adopté dans le projet de Convention, le libellé de l'actuel art. 12(4), (5) et (6) devrait être rayé. Il a été indiqué que l'art. 12(3) devrait alors probablement être révisé afin de clairement exclure la propriété intellectuelle de cette disposition.

[9] Disponible à l'adresse <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/Annex_D.pdf>, en anglais uniquement (dernière consultation le 3 septembre 2012).

[10] « Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 14 d'avril 2001 (ci-dessus p. 344 du présent tome).

[11] Les membres du Groupe de travail étaient tous d'accord de maintenir la compétence exclusive pour la validité des brevets, dans l'hypothèse où les brevets tombent dans le champ d'application de la Convention.

[12] Le manque de force exécutoire concerne des actes du détenteur du brevet qui constituent un abus du brevet ou une conduite inéquitable devant l'office des brevets pour les fins d'une poursuite de demande de brevet, tel que le fait de déposer de fausses déclarations (*affidavits*) ou d'omettre des actes antérieurs connus qui affectent matériellement la brevetabilité des revendications. Certains experts sont d'avis que ces actes relèvent de la concurrence déloyale et ne devraient pas faire l'objet de cet article.

[13] L'opinion dominante s'est prononcée en faveur d'une compétence exclusive en matière de violation de brevet; un expert a toutefois manifesté son opposition à ce point de vue. Le souci lié à la création d'une compétence exclusive pour les cas de violation des brevets est que, à présent, des actions portant sur la violation de brevets parallèles enregistrés pour différents États parties à la Convention européenne sur le brevet peuvent, en application des règles de compétence des Conventions de Bruxelles et Lugano, être consolidées auprès d'un seul for, par exemple celui du domicile du défendeur. Si la compétence exclusive d'une future Convention de La Haye s'appliquait aussi à ces cas, une telle consolidation ne serait plus possible. D'autres États de l'Union européenne sont d'avis que cette question relève de l'art. 37 de la Convention, qui pourrait apporter une solution en autorisant les États membres de l'Union européenne et les autres États parties à la Convention européenne sur le brevet à maintenir les possibilités existantes de consolidation des actions en violation du brevet par le biais de la clause de déconnexion.

[14] Les experts ont discuté la question de savoir si la renonciation (*abandonment*) devrait être incluse dans le para. 1, puisqu'elle a été incluse dans la disposition sur les marques.

[15] La raison de l'utilisation d'un certain nombre de concepts liés est la volonté de couvrir les concepts tels qu'ils sont décrits dans les différentes juridictions. Il a été suggéré qu'il serait peut-être préférable d'utiliser un seul terme générique pour décrire ces concepts, tout en indiquant dans le Rapport explicatif que ce terme unique est censé refléter des concepts liés tels qu'ils sont exprimés par les différents États dans leur droit national. Le risque lié à l'établissement d'une liste est que les tribunaux la considèrent exhaustive, alors qu'il est peu probable que nous ayons inclus tous les termes possibles et souhaitables.

[16] Ce paragraphe a soulevé des inquiétudes notamment sur un possible effet « *inter partes* » du jugement sur la question incidente. Il a aussi été noté que même si l'effet du jugement sur la question incidente est limité aux parties, il peut avoir un effet « préjudiciel » sur d'autres cas dans d'autres États, lorsqu'il est produit par l'une des parties. En d'autres termes, des questions de forclusion accessoire (*collateral estoppel*) peuvent se poser qui doivent être prises en compte en rapport avec cette disposition.

[17] Le Groupe de travail est parvenu à un consensus complet sur le maintien de la compétence exclusive pour les questions de validité des marques, dans l'hypothèse où les marques sont comprises dans le champ d'application de la Convention.

[18] Certains membres du Groupe de travail ne veulent pas inclure la violation de la marque dans les chefs de compétence exclusive, et d'autres remarques ont été faites sur l'opportunité d'inclure la violation d'une marque enregistrée ou non, parce que le besoin de consolidation peut s'avérer plus grand dans le contexte des marques que dans celui des brevets, et que le lien entre la validité et la violation n'est pas si évident (contrairement aux cas de violation de brevets, dans lesquels l'invalidité du brevet est très fréquemment soulevée comme moyen de défense, ceci ne semble pas être le cas pour les marques dans un grand nombre de systèmes juridiques).

ANNEX IV

Report of the Working Group on Intellectual Property[7]

The Working Group on Intellectual Property, which met in Edinburgh on 25 and 26 April 2001, decided not to take the present language of Article 12(4) to (6) as a basis for its discussion. Instead, with a view to facilitating the discussion (in the Working Group as well as later in the Plenary and during future national consultation), it was felt helpful to deal with each IP right separately. They might require different treatment, in particular as regards possible exclusive jurisdiction, and the separation for the time being could help to identify the needs and interests with regard to each specific IP right more clearly. If, at some later stage, it should turn out that similar or even identical rules for different IP rights seem appropriate, the separate draft provisions could easily be merged.[8]

The Working Group therefore discussed the following draft Articles in treaty language concerning patents and trademarks (both registered and unregistered). It then had a general discussion about the possible treatment of copyright and other IP rights. This discussion, which, due to the limited time available, could not be concluded, is reported below under 3.

Further information, in particular about the policy behind the words "in which, or for which" in subsection (1) of the proposals concerning patents and trademarks, and the subsequent part of this subsection, may be obtained from the United Kingdom document "IP: The way forward",[9] which provided the basis for the discussion.

In addition to the latter document and this report, it is recalled that some of the Observations on the preliminary draft Convention which were submitted to the Permanent Bureau by Member States and observers, equally take a position on IP issues.[10]

I *Patents*

1 In proceedings concerning the grant, revocation, validity,[11] invalidity, enforceability, unenforceability,[12] or infringement[13] of a patent,[14] the courts[15] of the Contracting State in which, or for which, the patent was granted shall have exclusive jurisdiction; provided that, where, under an international instrument in force in the Contracting State in question, some other court or courts replace the national courts with regard to some or all of the above matters, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction to the extent to which they replace the national courts. In this paragraph, "court" includes any organ, administrative agency or entity empowered to give binding decisions on legal controversies; and "international instrument" means an international convention or a binding measure adopted by an organisation established by treaty.

2 Paragraph 1 shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question. For the purposes of this Article, an incidental question is a question that arises in an action which is not itself a claim or counter-claim for patent infringement, for a grant or revocation, or for a declaratory judgment of validity, invalidity, enforceability or unenforceability of a patent.[16]

II *Trademarks*[17]

1 In proceedings concerning the infringement,[18] validity, abandonment, nullity, cancellation, or revocation of a registered trademark or a mark for which an application for registration has been filed, the courts of the Contracting State in which, or for which, the trademark was registered, or the application has been filed, shall have exclusive jurisdiction; provided that, where, under an international instrument in force in the Contracting State in question, some other court or courts replace the national courts with regard to some or all of the above matters, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction to the extent to which they replace the national courts. In this paragraph, "court" includes any organ, administrative agency, or entity empowered to give binding decisions on legal controversies; and "international instrument" means an international convention or a binding measure adopted by an organisation established by treaty.

[7] 2nd Revised version after Plenary discussion on 26 April 2001.

[8] If at some further stage this or similar language were to be adopted into a draft of the Convention, the present language of Art. 12(4), (5) and (6) would have to be deleted. It was suggested that Art. 12(3) might then have to be revised in an effort to clearly exclude intellectual property from the language of that provision.

[9] Available at <www.cptech.org/ecom/jurisdiction/Annex_D.pdf> (last consulted 3 September 2012).

[10] "Comments on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Prel. Doc. No 14 of April 2001 (*supra* p. 344 of this tome).

[11] There was complete consensus among the Working Group members on maintaining exclusive jurisdiction for the validity of patents, assuming that patents are within the scope of the Convention.

[12] Unenforceability concerns acts of a patent owner that create a misuse of the patent or inequitable conduct before the patent office in prosecuting a patent application, such as filing false affidavits or omitting known prior acts which materially affect the patentability of claim(s). Some participants felt that this was an issue of unfair competition that should not be dealt with in this Article.

[13] The prevailing view was that exclusive jurisdiction should exist for the infringement of a patent; however, one member of the Working Group noted its opposition. The concern in creating exclusive jurisdiction in the case of infringement is that at present, claims for infringement of parallel patents registered for several States Parties to the European Patent Convention may, under the jurisdiction rules provided by the Brussels and Lugano Conventions, be consolidated in one single forum, *e.g.*, at the defendant's domicile. If exclusivity under the future Hague Convention also applied to these cases, this would no longer be possible. Other European Union countries thought this should be dealt with in Art. 37 of the Convention, which could solve this problem by allowing EU Member States and other States Party to the European Patent Convention to maintain existing possibilities for consolidating infringement actions through the disconnection clause.

[14] There was some discussion as to whether or not abandonment should be included in para. 1, as it has been in the provision on trademarks.

[15] The reason for the use of a number of related terms is to cover concepts as they are described in different jurisdictions. It was suggested that it might be better if one generic term were to be used to describe these related concepts, while making it clear in the Explanatory Report that this one term is intended to reflect related concepts as expressed by different countries in their national law. The concern was that by making a list it might be considered by courts to be exhaustive when we are unlikely to have included all possible and desirable terms.

[16] Concerns were expressed about this paragraph, in particular there was concern about a possible "*inter partes*" effect of the judgment made on the incidental question. It was also noted that even if the effect of the judgment concerning the incidental question is limited to the parties, the judgment may have a preclusionary effect in other cases in other States, when produced by one of the parties. In other words, there may be some collateral estoppel issues that must be considered when looking at this provision.

[17] There was complete consensus among the Working Group members on maintaining exclusive jurisdiction for the validity of trademarks, assuming that trademarks are within the scope of the Convention.

[18] Certain members of the Working Group do not want to include infringement as a ground for exclusive jurisdiction, and there were other comments made with regard to whether or not including infringement of either registered or unregistered trademarks was sensible, because the need for consolidation may be greater in the context of trademarks as opposed to patents, and the link between validity and infringement is not as obvious (*i.e.*, unlike in patent infringement cases, where invalidity is raised as a defence very frequently, this does not seem to be the case for trademarks in as many legal systems).

2 Dans des procédures concernant la violation, l'enregistrement, la validité, la nullité, la renonciation, l'annulation ou la résiliation d'une marque non enregistrée, les tribunaux de l'État contractant dans lequel les droits à la marque ont été créés seront exclusivement compétents; étant entendu que, lorsque, en application d'un instrument international en vigueur dans l'État contractant en question, un autre tribunal ou d'autres tribunaux remplacent les tribunaux nationaux pour ce qui est de certaines ou de toutes les questions susmentionnées, ce tribunal ou ces tribunaux seront exclusivement compétents dans la mesure où ils remplacent les tribunaux nationaux. Dans ce paragraphe, le terme «tribunal» désigne tout organe, administration ou entité qui a la compétence de rendre des décisions obligatoires sur des questions de droit; le terme «instrument international» signifie une convention internationale ou une mesure obligatoire adoptée par une organisation instituée par un traité.

[3 Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables lorsqu'un des points susmentionnés se pose à titre de question incidente. Aux fins de cet article, une question incidente est une question soulevée lors d'une procédure qui n'est en elle-même ni une demande principale, ni une demande reconventionnelle portant sur la violation d'une marque, sur la nullité ou la renonciation ou sur un jugement déclaratoire de validité, d'invalidité, de nullité ou de renonciation d'une marque.][19, 20]

III *Droits d'auteur*

A *Insertion possible dans l'article 12*

1 Dans l'hypothèse où les droits d'auteur entrent dans le champ d'application de la Convention, personne dans le Groupe de travail n'est en faveur d'une compétence exclusive en matière de droits d'auteur.

2 La dernière phrase de l'article 12(4) a la teneur suivante: «Cette règle ne s'applique pas aux droits d'auteur ni aux droits voisins même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement.» Plusieurs membres du Groupe de travail sont d'avis que cette phrase pourrait être rayée si l'article 12 était rédigé à nouveau afin d'indiquer de manière explicite et exhaustive quels droits de PI sont concernés par une compétence exclusive prévue par la Convention.

Étant donné que le Groupe de travail est tombé d'accord pour ne pas appliquer l'article 12 aux droits d'auteur, les autres chefs de compétence possibles dans un cas de droit d'auteur sont en particulier les articles 3 et 10 (et aussi l'art. 6, là où il s'applique, vu sa portée limitée aux contrats portant sur des objets mobiliers corporels et des services, et les art. 4, 5 et 14 à 16). Eu égard au temps limité mis à sa disposition, le Groupe de travail a examiné seulement l'article 10.

B *Questions soulevées par l'article 10*

1 Un expert a fait observer que certains produits et / ou inventions pouvaient être protégés par différents droits de PI. Par exemple, un logiciel peut être protégé tant sous le droit des brevets que sous le droit d'auteur. D'autres produits peuvent être protégés à la fois par un droit d'auteur (non enregistré) et par la protection du dessin (enregistré). Le Groupe de travail a discuté la question de savoir si cela posait problème qu'un des ces droits tombe sous le coup d'une compétence exclusive, alors que l'autre ne relève pas d'une telle compétence exclusive. L'opinion majoritaire, en particulier parmi les spécialistes du contentieux, était qu'un tel cas de figure augmente le nombre de fors ouverts au demandeur et constitue par conséquent plus un avantage qu'un problème.

2 Les experts ont exprimé leur inquiétude sur le fait que les demandeurs pourraient éventuellement utiliser l'article 10 pour choisir un for qui appliquerait une loi nationale en matière de droits d'auteur qui leur serait particulièrement favorable. Plusieurs participants ont fait observer que tant les règles de conflit que les droits matériels sur des points comme la propriété initiale et le transfert des droits sont très différents d'un État à l'autre. D'autres membres du Groupe de travail ont indiqué que la législation en matière de droits d'auteur s'accordait suffisamment à travers le monde, de telle sorte que cela ne devrait pas poser de problème sérieux, et ont mentionné des instruments internationaux, tels que la Convention de Berne ou l'Accord sur les ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Un membre du Groupe de travail a répondu que l'Accord sur les ADPIC n'est pas d'étendue universelle et qu'il y a des préoccupations réelles qu'il faut prendre en compte à cet égard.

Pour résoudre les problèmes liés à une harmonisation insuffisante des règles de conflit et des règles de droit matériel en ce qui concerne les droits d'auteur, les options suivantes ont été énumérées:

A exclure les droits d'auteur du champ d'application de la Convention,

B inclure les droits d'auteur dans le champ d'application de la Convention sans créer de règles spécifiques pour ce domaine (c'est-à-dire ne rien faire à propos du problème d'un *forum shopping* éventuel),

C traiter la question dans la section sur le refus de reconnaissance en autorisant le tribunal saisi à refuser de reconnaître et d'exécuter un jugement du tribunal d'origine, s'il n'est pas d'accord avec le choix de droit fait par le tribunal d'origine,

D créer un système de déclarations / réserves limitant la reconnaissance et l'exécution aux membres de l'ADPIC seulement ou à d'autres États qui ont des lois en matière de droit d'auteur suffisamment harmonisées.

3 Le Groupe de travail était clairement d'accord que les questions d'Internet doivent être examinées plus en profondeur. Les fournisseurs de services Internet étaient particulièrement inquiets du fait qu'ils pourraient encourir une responsabilité dans d'autres États. Il en va de même pour les représentants des consommateurs qui craignent que les consommateurs puissent être exposés à des actions en dommages et intérêts à l'étranger pour une prétendue violation de droits de PI étrangers et, en application de l'actuel article 10(4), même pour tous les dommages, dans l'État de la résidence habituelle des demandeurs, si une partie du dommage s'est produite dans cet État.

4 Le Groupe de travail a aussi discuté d'autres droits de propriété industrielle, par exemple les modèles et dessins, les droits de protection des obtentions végétales, les circuits intégrés et les semi-conducteurs. Bien que le temps manquât pour discuter de ce sujet plus avant, il a été suggéré qu'au moins pour ce qui concerne les droits enregistrés, ces droits pourraient être traités de la même manière que les brevets.

[19] Les représentants de l'*International Trademark Association* s'opposent à l'inclusion de cette disposition dans le contexte des marques. Il convient de rediscuter ce point.

[20] Ce paragraphe a soulevé des inquiétudes notamment sur un possible effet «*inter partes*» du jugement sur la question incidente. Il a aussi été noté que même si l'effet du jugement sur la question incidente est limité aux parties, il peut avoir un effet «préjudiciel» sur d'autres cas dans d'autres États, lorsqu'il est produit par l'une des parties. En d'autres termes, des questions de forclusion accessoire (*collateral estoppel*) peuvent se poser qui doivent être prises en compte en rapport avec cette disposition.

Note réunions informelles

2 In proceedings concerning the infringement, registration, validity, nullity, abandonment, cancellation, or revocation of an unregistered trademark, the courts of the Contracting State in which rights in the trademark arose shall have exclusive jurisdiction; provided that where, under an international instrument in force in the Contracting State in question, some other court or courts replace the national courts with regard to some or all of the above matters, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction to the extent to which they replace the national courts. In this paragraph, "court" includes any organ, administrative agency, or entity empowered to give binding decisions on legal controversies; and "international instrument" means an international convention or a measure adopted by an organisation established by treaty.

[3 Paragraphs 1 and 2 shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question. For the purposes of this Article, an incidental question is a question that arises in an action which is not itself a claim or counter-claim for trademark infringement, nullity or abandonment, or for a declaratory judgment of validity, invalidity, nullity or abandonment of a trademark.][19, 20]

III *Copyright*

A *Possible inclusion into Article 12*

1 Assuming that copyrights are within the scope of the Convention, no one in the Working Group was in favour of exclusive jurisdiction over copyrights.

2 The last sentence of Article 12(4) reads: "This shall not apply to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible." Many members of the Working Group felt that this could be deleted if Article 12 were redrafted to explicitly and exhaustively identify which IP rights are covered by any exclusive jurisdiction under the Convention.

Given that the Working Group agreed that Article 12 should not apply to copyrights, the other bases for jurisdiction in copyright cases would, in particular, be Articles 3 and 10 (furthermore, Art. 6, where applicable, given its limited scope concerning contracts on goods and services, and Arts 4, 5, and 14 to 16). Due to the limited time available, the Working Group only addressed Article 10.

B *Article 10 concerns*

1 It was pointed out that some products and / or inventions might be protected by different IP rights. For example, software can be covered under both patent and copyright law. Other works may be protected by (unregistered) copyright and (registered) design protection. The Working Group discussed whether it would be a problem if one of these rights fell under an exclusive jurisdiction while the other did not. The prevailing opinion, however, in particular among litigators, seemed to be that this was merely increasing the number of fora available to the plaintiff and therefore rather an advantage than a problem.

2 One concern raised was that plaintiffs could potentially use Article 10 to shop for a forum that would apply a local law with regard to copyrights that was particularly advantageous for them. Several participants noted that both the conflict of law rules and the substantive laws on, for example, initial ownership and transfer of rights, are very different from State to State. Other members of the Working Group felt that copyright law was sufficiently harmonious throughout the world so that this would not be a serious problem, and mentioned such international instruments as the Berne Convention and the TRIPS Agreement under the World Trade Organization (WTO). One member of the Working Group responded that TRIPS is not universal and there are real concerns to be addressed here.

The following options to handle the possible problem of insufficiently harmonised conflict of law rules and substantive copyright laws were identified:

A to exclude copyright from the scope of the Convention,

B to include copyright in the scope of the Convention without creating specific rules for this area (*i.e.*, not to do anything about the problem of possible forum shopping),

C to address the issue in the section on refusal of recognition by allowing the court addressed to refuse to recognise and enforce a judgment from the court of origin if they disagreed with the court of origin's choice of law,

D to create a system of declarations / reservations limiting recognition and enforcement to TRIPS members only or to other countries with sufficiently harmonised copyright laws.

3 It was agreed that Internet issues are a concern which need to be looked at further. Internet Service Providers were particularly worried that they would be subject to liability in other States. The same was true for consumer representatives who feared that consumers might be exposed to liability claims abroad for alleged infringement of foreign IP rights, and, under the present Article 10(4), even for worldwide damages in the State of the plaintiffs habitual residence, if part of the injury occurred there.

4 The Working Group also discussed other industrial property rights, for example, models and designs, plant breeders' rights, integrated circuits and semiconductors. Although the Working Group did not have much time to discuss this topic at length, it was suggested that, at least as far as the registered rights were concerned, these rights might be treated the same way as the Working Group suggested patents should be treated.

[19] The representative from the International Trademark Association objected to the inclusion of this provision in the context of trademarks. This requires further discussion.
[20] Concerns were expressed about this paragraph, in particular there was concern about a possible "*inter partes*" effect of the judgment made on the incidental question. It was also noted that even if the effect of the judgment concerning the incidental question is limited to the parties, the judgment may have a preclusionary effect in other cases in other States, when produced by one of the parties. In other words, there may be some collateral estoppel issues that must be considered when looking at this provision.

Note on Informal Meetings

ANNEXE V

Note relative aux mesures provisoires et conservatoires[21]

1 Supprimer le présent article 13.

2 Supprimer la référence à l'article 13 contenue à l'article 17.

3 Insérer un nouvel article 22 bis *:*

Article 22 bis *Mesures provisoires et conservatoires*

1 Les tribunaux d'un État contractant peuvent, même lorsqu'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond d'un litige, ordonner des mesures provisoires et conservatoires –

[*a)* limitées aux biens situés dans cet État ; ou]

[*b)* dont l'exécution est limitée au territoire de cet État,]

destinées à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un État contractant [qui est compétent pour juger de cette action en application des articles [3 à 12]].

2 Aucune des dispositions de la Convention n'empêche un tribunal d'un État contractant d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires destinées à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un autre État.

4 Exclure les mesures provisoires et conservatoires de la définition de « jugement » contenue à l'article 23, comme suit :

Article 23 Définition de « jugement »

Aux fins de ce chapitre, le terme « jugement » comprend toute décision au fond rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférent à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention.

ANNEXE VI-A

Proposition soumise par le Japon[22]

Article 18 Compétences interdites

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

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

a) la présence ou la saisie dans cet État de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens ;

b) la nationalité du demandeur ;

c) la nationalité du défendeur ;

d) le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet État ;

e) la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet État, sauf si le litige est directement lié à ces activités ;

f) l'assignation délivrée au défendeur dans cet État ;

g) la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur ;

h) la procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement dans cet État, sauf si le litige est directement lié à ces procédures ;

i) la résidence temporaire ou la présence du défendeur dans cet État ;

j) le lieu de signature du contrat dont dérive le litige ;

k) *l'établissement d'une filiale ou d'une autre entité liée au défendeur dans cet État.*

2a Les paragraphes précédents ne sont pas applicables, lorsque dans des circonstances exceptionnelles, leur application résulterait en un déni de justice.*

3 [...]

* *Note : Le déni de justice constitue une violation de la Constitution. Le requérant qui a introduit une action dans l'État A doit avoir la possibilité d'obtenir une décision mettant fin au litige. Dans le cas où un jugement, qui a été rendu dans l'État B dont la compétence est admise, ne remplit pas les conditions de reconnaissance et d'exécution de l'État A, le requérant n'a aucune possibilité de laisser trancher son litige dans l'État A.*

L'article 21(2) semble se fonder sur la même considération que ci-dessus.

Nous devrons également considérer qu'une situation identique peut se présenter en application de l'article 4.

ANNEXE VI-B

Proposition soumise par le Royaume-Uni

Article 18(2) k)

Tout autre chef de compétence si le lien entre le défendeur et un État contractant ne justifie pas que des tribunaux de cet État se déclarent raisonnablement compétents.

[21] Réunion d'Édimbourg du 25 avril 2001. L'approche de base est la suivante :
– en application de la Convention, les mesures provisoires et conservatoires ne devraient pas être reconnues ni exécutées ;
– la Convention ne devrait pas limiter la possibilité d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires en vertu du droit national ;
– la Convention devrait conférer aux tribunaux d'un État contractant la compétence d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires à l'appui d'une procédure pendante dans un autre État contractant.

[22] Édimbourg, 25 avril 2001.

ANNEX V

Note in relation to provisional and protective measures[21]

1 Delete the existing Article 13.

2 Delete the reference to Article 13 in Article 17.

3 Insert a new Article 22 bis*:*

Article 22 bis *Provisional and protective measures*

1 The courts of a Contracting State may, even where they do not have jurisdiction to determine the merits of a claim, order provisional or protective measures –

[*a)* in respect of property in that State; or]

[*b)* the enforcement of which is limited to the territory of that State,]

to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in a Contracting State [which has jurisdiction to determine that claim under Articles [3 to 12]].

2 Nothing in this Convention shall prevent a court in a Contracting State from ordering provisional or protective measures for the purpose of protecting on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in another State.

4 Exclude provisional and protective measures from the definition of "judgment" in Article 23 as follows:

Article 23 Definition of "judgment"

For the purposes of this Chapter "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court, provided it relates to a decision which may be recognised or enforced under the Convention.

ANNEX VI-A

Proposal of Japan[22]

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and the dispute.

2 In particular, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis solely of one or more of the following –

a) the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;

b) the nationality of the plaintiff;

c) the nationality of the defendant;

d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that State;

e) the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, except where the dispute is directly related to those activities;

f) the service of a writ upon the defendant in that State;

g) the unilateral designation of the forum by the plaintiff;

h) proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings;

i) the temporary residence or presence of the defendant in that State;

j) the signing in that State of the contract from which the dispute arises;

k) *the location of a subsidiary or other related entity of the defendant in that State.*

*2a The preceding paragraphs shall not apply where in exceptional circumstances application thereof would result in denial of justice.**

3 [...]

** Note: Denial of justice is a violation of the Constitution. The plaintiff who filed a lawsuit in country A shall be given a chance to have his / her dispute resolved. In the case where a resulting judgment in country B whose jurisdiction is admitted does not comply with the requirements for recognition or enforcement of country A, his / her right to have the dispute resolved in country A would be denied.*

Article 21(2) seems to be based upon the same consideration as above.

Also, we will have to consider the same situation that might happen under Article 4.

ANNEX VI-B

Proposal of the United Kingdom

Article 18(2) k)

Any other ground of jurisdiction where the connection between a defendant and a Contracting State is not such as to justify a reasonable assumption of jurisdiction by the courts of that State.

[21] Edinburgh, 25 April 2001. The basic approach is that:
– there should be no recognition and enforcement of provisional and protective measures under the Convention;
– the Convention should not limit the grant of provisional and protective measures under national law;
– the Convention should empower the courts of one Contracting State to grant provisional and protective measures in support of proceedings in another Contracting State.

[22] Draft submitted 25 April 2001 at Edinburgh.

ANNEXE VI-C

Proposition soumise par l'Allemagne

Article 18(2) k)

Tout autre critère révélant une absence de lien comparable entre cet État et le litige ou le défendeur.

ANNEXE VII

Structure formelle de la Convention – Approches possibles

Trois propositions sont ressorties de la réunion d'Édimbourg quant à la structure formelle de la Convention proposée. Si elles diffèrent dans une certaine mesure, elles sont motivées par le même souci, et leurs auteurs se sont accordés sur les questions fondamentales suivantes :

– il est nécessaire d'adopter une structure *formelle* de la Convention qui permet aux lecteurs de comprendre la structure *conceptuelle* de la Convention ;

– différentes techniques peuvent permettre d'y parvenir, incluant une « disposition-guide » au début de la Convention, l'utilisation de titres et de sous-titres, et l'ordre dans lequel les articles seront disposés ;

– les structures formelles suggérées par les propositions ci-jointes ont toutes pour but d'éclaircir le fait que la Convention est une Convention mixte, et de mettre en lumière ce que cela implique en pratique pour les utilisateurs de la Convention ;

– en particulier, chacune des propositions est destinée à distinguer clairement les chefs de compétences suivants, et à mettre quelque peu en lumière leur nature :

  – les chefs de compétence de la « liste blanche », que chaque État contractant rendra disponibles et qui sont le fondement pour la reconnaissance et l'exécution des jugements dans d'autres États contractants ;

  – les chefs de compétence de la « liste noire », qui ne doivent pas être exercés par des États contractants contre des défendeurs d'autres États contractants ;

  – la zone grise, dans laquelle les États contractants peuvent exercer une compétence juridictionnelle en application du droit national : les jugements fondés sur des chefs de compétences de la zone grise ne sont pas susceptibles de reconnaissance ni d'exécution en application de la Convention, mais ils peuvent être reconnus et exécutés en application du droit national.

Lors de la Session diplomatique de juin, il sera nécessaire de déterminer une structure formelle appropriée pour la Convention.

Ron Brand
Andreas Bucher
David Goddard

Structure éventuelle de la Convention de La Haye[23]

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article 1 Champ d'application matériel

Article 2 Champ d'application territorial

CHAPITRE II – RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

Article 3 Jugements fondés sur des compétences obligatoires doivent être reconnus et exécutés

Article 4 Jugements fondés sur des compétences interdites ne doivent pas être reconnus ou exécutés

Article 5 Jugements fondés sur des chefs de compétence acceptables qui sont soumis à la loi nationale sur la reconnaissance et l'exécution

Article 6 Définition du terme « jugement »

Article 7 Vérification de la compétence

Article 8 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

Article 9 Dommages et intérêts

Article 10 Pièces à produire

Article 11 Procédure

Article 12 Frais de procédure

Article 13 Divisibilité

Article 14 Transactions

CHAPITRE III – COMPÉTENCES

Article 15 Compétence fondée sur l'élection de for

Article 16 Compétence fondée sur la résidence habituelle du défendeur

Article 17 Compétence fondée sur la comparution volontaire

Article 18 Compétence fondée sur une succursale, agence ou établissement du défendeur

Article 19 Compétence pour des demandes reconventionnelles

Article 20 Contrats

Article 21 Compétence en matière délictuelle

Article 22 Compétences interdites

Article 23 Compétences fondées sur la loi nationale

Article 24 Autorité du tribunal saisi

Article 25 Suspension des procédures en cours en attendant la notification au défendeur

[23] R. Brand, 25 avril 2001.

ANNEX VI-C

Proposal of Germany

Article 18(2) k)

Any other comparably unsubstantial connection between that State and either the dispute or the defendant.

ANNEX VII

Formal structure of the Convention – Possible approaches

Three proposals were put to the Edinburgh meeting in relation to the formal structure of the proposed Convention. Although they differ in some respects, they are motivated by similar concerns, and their authors agree on the following fundamental issues:

- the *formal* structure of the Convention needs to be designed to assist readers to understand the *conceptual* structure of the Convention;

- this could be achieved by various techniques, including a road map provision at the beginning of the Convention, use of appropriate headings and subheadings, and the order in which the provisions are set out;

- the formal structures suggested in the attached proposals were all intended by their authors to make it clear that the Convention is a mixed Convention, and to shed light on what this means in practice for users of the Convention;

- in particular, each of the proposals was intended by its author to distinguish clearly between (and to shed some light on the nature of):

  - the "white list" grounds of jurisdiction, which each Contracting State will make available, and which are the basis for recognition and enforcement of judgments in other Contracting States;

  - the "black list" grounds of jurisdiction, which must not be exercised by Contracting States against defendants from other Contracting States;

  - the grey zone, where Contracting States may exercise jurisdiction under national law: judgments founded on grey zone heads of jurisdiction are not entitled to recognition and enforcement under the Convention, but may be recognised and enforced under national law.

An appropriate formal structure for the Convention will need to be determined at the Diplomatic Session in June.

Ron Brand
Andreas Bucher
David Goddard

Possible structure of the Hague Convention[23]

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 Substantive scope

Article 2 Territorial scope

CHAPTER II – RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

Article 3 Judgments based on required bases of jurisdiction to be recognised and enforced

Article 4 Judgments based on prohibited bases of jurisdiction not to be recognised or enforced

Article 5 Judgments based on permitted bases of jurisdiction to be subject to national law rules on recognition and enforcement

Article 6 Definition of "judgment"

Article 7 Verification of jurisdiction

Article 8 Grounds for refusal of recognition or enforcement

Article 9 Damages

Article 10 Documents to be produced

Article 11 Procedure

Article 12 Costs of proceedings

Article 13 Severability

Article 14 Settlements

CHAPTER III – JURISDICTION

Article 15 Jurisdiction based on choice of court

Article 16 Jurisdiction based on defendant's habitual residence

Article 17 Jurisdiction based on appearance without contest

Article 18 Jurisdiction based on defendant's branch, agency or establishment

Article 19 Jurisdiction for counter-claims

Article 20 Contracts

Article 21 Jurisdiction for torts or delicts

Article 22 Prohibited grounds of jurisdiction

Article 23 Permitted grounds of jurisdiction based on national law

Article 24 Authority of the court seised

Article 25 Stay of proceedings pending notification to the defendant

[23] R. Brand, 25 April 2001.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale

Plan pour la discussion[24]

PRÉAMBULE

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article 1 Champ d'application matériel

Article 1 bis

Cette Convention :

1 énonce [dans le chapitre IIA] certaines compétences qui doivent être exercées par les tribunaux des États contractants dans les cas qui entrent dans le champ d'application de la Convention ;

2 prévoit [dans le chapitre III] que les jugements rendus sur la base de ces compétences seront reconnus et exécutés dans d'autres États contractants ;

3 prévoit [dans le chapitre IIB] que les États contractants s'abstiendront d'exercer leur compétence :

a) dans les cas où un autre État contractant a une compétence exclusive en vertu [des articles [4, 11(1), 12]] ; et

b) contre un défendeur qui a sa résidence habituelle dans un État contractant, sur la base de certaines compétences interdites ;

4 prévoit [à l'article [26]] qu'un jugement rendu sur la base d'une compétence qui est interdite par le chapitre IIB ne sera pas reconnu ou exécuté ;

5 n'exclut pas l'application par les États contractants des règles de compétence prévues par la loi nationale, sous réserve des restrictions du paragraphe 3. Les jugements fondés sur de telles compétences ne sont pas susceptibles d'être reconnus ou exécutés en vertu de la Convention, mais peuvent être reconnus et exécutés dans un autre État contractant conformément à la loi nationale de cet État.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE ET MATIÈRES CONNEXES

Article 2 Application du chapitre II

Les tribunaux d'un État contractant appliqueront les articles [3 à 22 *quater*] à moins que toutes les parties n'aient leur résidence habituelle dans cet État [ou n'aient pas leur résidence habituelle dans tout autre État contractant]. Les articles 21, 22 et 22 *bis* seront aussi applicables lorsqu'un tribunal d'un État contractant est obligé de décider s'il doit exercer sa compétence ou suspendre la procédure au motif que le différend devrait être jugé par les tribunaux d'un autre État contractant.

SOUS-CHAPITRE IIA – COMPÉTENCES

Article 3 For du défendeur

Article 4 Élection de for

Article 5 Comparution du défendeur

Article 6 Contrats

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

Article 8 Contrats individuels de travail

Article 9 Succursales

Article 10 Délits

Article 11 Trusts

Article 12 Compétences exclusives

Article 13 [Omis – v. les art. 18, 22 ter*]*

Article 14 Pluralité de défendeurs

Article 15 Demande reconventionnelle

Article 16 Appel en garantie et intervention

Article 17 [Omis – v. l'art. 1 bis*]*

SOUS-CHAPITRE IIB – COMPÉTENCES INTERDITES

Article 18 Compétences interdites

Article 18 bis *L'effet des compétences exclusives*

Les tribunaux d'un État contractant ne peuvent pas se déclarer compétents pour connaître d'une action, que ce soit en vertu de la Convention ou en vertu de la loi nationale, si les tribunaux d'un autre État contractant sont exclusivement compétents pour juger cette action en vertu des articles [4, 11(1) et 12].

SOUS-CHAPITRE IIC – MATIÈRES PROCÉDURALES

Article 19 Autorité du tribunal saisi

Article 20 Notification des procédures

Article 21 Litispendance

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

Article 22 bis *Consolidation d'actions connexes*

Article 22 ter *Mesures provisoires et conservatoires*

Article 22 quater *Coopération judiciaire*

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 Définition du terme « jugement »

Article 24 Application du chapitre III

Les dispositions de ce chapitre s'appliquent à la reconnaissance et l'exécution dans un État contractant d'un jugement rendu dans un autre État contractant.

[24] D. Goddard, Nouvelle-Zélande, avril 2001.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

Outline of structure for discussion purposes[24]

PREAMBLE

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 Substantive scope

Article 1 bis

This Convention –

1 sets out [in Chapter IIA] certain grounds of jurisdiction which must be exercised by the courts of Contracting States in cases falling within the scope of the Convention;

2 provides [in Chapter III] for judgments given on the basis of those grounds of jurisdiction to be recognised and enforced in other Contracting States;

3 provides [in Chapter IIB] for Contracting States to refrain from exercising jurisdiction:

a) in cases where another Contracting State has exclusive jurisdiction under [Articles [4, 11(1), 12]]; and

b) against a defendant habitually resident in a Contracting State, on the basis of certain prohibited grounds of jurisdiction;

4 provides [in Article [26]] that a judgment given on a ground of jurisdiction prohibited by Chapter IIB shall not be recognised or enforced;

5 does not prevent the application by Contracting States of rules of jurisdiction provided for under national law, subject only to the restrictions in paragraph 3. Judgments based upon such grounds are not entitled to recognition and enforcement under the Convention, but may be recognised and enforced in another Contracting State in accordance with the national law of that State.

CHAPTER II – JURISDICTION AND RELATED MATTERS

Article 2 Application of Chapter II

The courts of a Contracting State shall apply Articles [3 to 22 *quater*] unless all the parties are habitually resident in that State [or are not habitually resident in any other Contracting State]. Articles 21, 22 and 22 *bis* shall also apply where a court of a Contracting State is required to determine whether to decline jurisdiction or suspend its proceedings on the grounds that the dispute ought to be determined in the courts of another Contracting State.

SUBCHAPTER IIA – GROUNDS OF JURISDICTION

Article 3 Defendant's forum

Article 4 Choice of court

Article 5 Appearance by the defendant

Article 6 Contracts

Article 7 Contracts concluded by consumers

Article 8 Individual contracts of employment

Article 9 Branches

Article 10 Torts or delicts

Article 11 Trusts

Article 12 Exclusive jurisdiction

Article 13 [Omitted – see Arts 18, 22 ter*]*

Article 14 Multiple defendants

Article 15 Counter-claims

Article 16 Third party claims

Article 17 [Omitted – see Art. 1 bis*]*

SUBCHAPTER IIB – PROHIBITED JURISDICTIONS

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

Article 18 bis *Effect of exclusive jurisdictions*

The courts of a Contracting State may not exercise jurisdiction to hear a claim, whether under the Convention or under national law, if the courts of another Contracting State have exclusive jurisdiction to hear that claim under Articles [4, 11(1) and 12].

SUBCHAPTER IIC – PROCEDURAL MATTERS

Article 19 Authority of the court seised

Article 20 Notification of proceedings

Article 21 Lis pendens

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

Article 22 bis *Consolidation of related actions*

Article 22 ter *Provisional and protective measures*

Article 22 quater *Judicial co-operation*

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 Definition of "judgment"

Article 24 Application of Chapter III

The provisions of this Chapter apply to the recognition and enforcement in a Contracting State of a judgment rendered in another Contracting State.

[24] D. Goddard, New Zealand, April 2001.

Article 25 Jugements qui doivent pouvoir être exécutés dans l'État d'origine

Article 26 Jugements qui ne doivent pas être reconnus ou exécutés

Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant en contradiction avec [l'article 18 ou l'article 18 *bis*] ne sera pas reconnu ou exécuté dans un État contractant en vertu de la Convention ou de la loi nationale.

Article 27 Vérification de la compétence

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

Article 28 bis *Déclaration de non-reconnaissance ou non-exécution de certains jugements*

Article 29 Pièces à produire

Article 30 Procédure

Article 31 Frais de procédure

Article 32 Aide judiciaire

Article 33 Dommages et intérêts

Article 34 Divisibilité

Article 35 Actes authentiques

Article 36 Transactions

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Articles 37 à 46

Structure de la Convention[25]

Article 1 a L'objet de la Convention

1 Les dispositions du chapitre II énoncent les chefs de compétence sur lesquels les tribunaux des États contractants fonderont leur compétence. Les jugements rendus sur la base de ces compétences peuvent être reconnus ou exécutés dans les autres États contractants.

2 Les dispositions du chapitre III prévoient la compétence des tribunaux des États contractants en vertu des règles de la loi nationale. Les jugements rendus sur cette base ne peuvent pas être reconnus ou exécutés dans les États contractants en vertu de cette Convention.

3 Les dispositions du chapitre IV énoncent les compétences interdites en vertu de la Convention. Un jugement rendu sur la base d'une de ces compétences ne sera pas reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

4 Les règles des chapitres V et VI contiennent, respectivement, des dispositions générales et finales liées à l'application de cette Convention.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE, RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION EN VERTU DE LA CONVENTION

Section 1 : Compétence obligatoire

[articles 3 à 16]

Section 2 : Reconnaissance et exécution

[articles 23, 25 à 36]

Section 3 : Dispositions secondaires et dispositions de procédure

[articles 19 à 22]

CHAPITRE III – COMPÉTENCE, RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION EN VERTU DE LA LOI NATIONALE DES ÉTATS CONTRACTANTS

[articles 17, 24]

CHAPITRE IV – INTERDICTION DE COMPÉTENCE, DE RECONNAISSANCE ET D'EXÉCUTION EN VERTU DE LA CONVENTION

Section 1 : Compétences interdites

[article 18]

Section 2 : Interdiction de reconnaissance et d'exécution

[article 26]

CHAPITRE V – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

CHAPITRE VI – DISPOSITIONS FINALES

[25] A. Bucher, 24 avril 2001.

Note réunions informelles

Article 25 Judgments must be enforceable in State of origin

Article 26 Judgments that must not be enforced or recognised

A judgment given by a court of a Contracting State inconsistently with [Article 18 or Article 18 *bis*] shall not be recognised or enforced in a Contracting State under the Convention or under national law.

Article 27 Verification of jurisdiction

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

Article 28 bis *Declaration that certain judgments may not be recognised or enforced*

Article 29 Documents to be produced

Article 30 Procedure

Article 31 Costs of proceedings

Article 32 Legal aid

Article 33 Damages

Article 34 Severability

Article 35 Authentic instruments

Article 36 Settlements

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Articles 37 to 46

Structure of the Convention[25]

Article 1 a Object of the Convention

1 The rules of Chapter II determine the grounds of jurisdiction on the basis of which courts of Contracting States may render judgments entitled to recognition or enforcement in the other Contracting States, and ancillary procedural questions.

2 The rules of Chapter III determine the scope left to national law of Contracting States to determine jurisdiction of the courts, provided the judgments rendered by such courts are not entitled to recognition or enforcement in Contracting States under this Convention.

3 The rules of Chapter IV determine the grounds of jurisdiction which are prohibited under the Convention and which, in case a judgment is rendered on such a ground, will prohibit recognition and enforcement in another Contracting State.

4 The rules of Chapter V and VI contain, respectively, general and final provisions related to the application of this Convention.

CHAPTER II – JURISDICTION, RECOGNITION AND ENFORCEMENT UNDER THE CONVENTION

Section 1: Required basis of jurisdiction

[Articles 3-16]

Section 2: Recognition and enforcement

[Articles 23, 25-36]

Section 3: Ancillary and procedural provisions

[Articles 19-22]

CHAPTER III – JURISDICTION, RECOGNITION AND ENFORCEMENT UNDER THE NATIONAL LAW OF CONTRACTING STATES

[Articles 17, 24]

CHAPTER IV – PROHIBITION OF JURISDICTION, RECOGNITION AND ENFORCEMENT UNDER THE CONVENTION

Section 1: Prohibited grounds of jurisdiction

[Article 18]

Section 2: Prohibition of recognition and enforcement

[Article 26]

CHAPTER V – GENERAL PROVISIONS

CHAPTER VI – FINAL PROVISIONS

[25] A. Bucher, 24 April 2001.

ANNEXE VIII

Proposition soumise par les États-Unis d'Amérique[26]

ANNEXE À LA CONVENTION

Formules

FORMULE A

CONFIRMATION DE L'EXISTENCE D'UN JUGEMENT

(Formule d'exemple confirmant l'existence d'un jugement rendu par le Tribunal d'origine dans le but de reconnaissance et d'exécution en application de la Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (la « Convention »))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TÉL. / FAX / E-MAIL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(LE DEMANDEUR)

Cas / Numéro de cause :

c.

(LE DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans le cas susvisé le (DATE) à (LOCALITÉ, PAYS), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale du jugement, certifiée conforme, rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à cette formule[27].

Ce tribunal a fondé sa compétence sur l'article ou les articles suivant(s) de la Convention, comme mise en œuvre par la loi de procédure de ce tribunal[28] :

.....
.....

Ce tribunal a fondé sa compétence sur les constatations de fait *(Si les constatations de fait sont énoncées dans le jugement ou la décision jointe, veuillez indiquer les passages pertinents du jugement et de la décision)* :

.....
.....
.....
.....

Ce tribunal a accordé le montant des dommages pécuniaires suivant

.....
.....

Ce tribunal a inclus dans le montant total des dommages et intérêts les émoluments du tribunal, les frais du procès ou de la représentation en justice suivants *(Veuillez spécifier le montant de telles allocations)* :

.....
.....
.....
.....
.....

Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant *(Veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

.....
.....
.....
.....
.....
.....

[26] Projet des États-Unis d'Amérique, 13 avril 2001.
[27] Art. 29(1) *a)*.
[28] Révisé.

ANNEX VIII

Proposal of the United States of America[26]

ANNEX TO THE CONVENTION

Forms

FORM A

CONFIRMATION OF JUDGMENT

(Sample form confirming the issuance of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN) .....

(TEL. / FAX / E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(PLAINTIFF)

Case / Docket Number:

v.

(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE, COUNTRY), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).[27]

This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following article, or articles of the Convention, as implemented under the law governing the proceedings of this Court:[28]

.....
.....

This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following findings of fact *(If the findings of fact are stated in the judgment or accompanying decision, indicate the relevant passages of the judgment and the decision)*:

.....
.....
.....
.....

This Court awarded the following amount of money damages

.....
.....

This Court included within the total award of damages the following court costs, expenses related to the proceedings or attorneys fees *(Please specify the amounts of such awards)*:

.....
.....
.....
.....
.....

This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

[26] United States draft, 13 April 2001.
[27] Art. 29(1) *a)*.
[28] Revised.

Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI _____ NON _____

(Si le jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme qui vérifie que le jugement a bien été notifié au défendeur.)[29, 30]

Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'examen au / aux / en (PAYS DU TRIBUNAL D'ORIGINE)[31] :

OUI _____ NON _____

Ce jugement (ou une partie du jugement) est actuellement susceptible d'être exécuté au / aux / en (PAYS DU TRIBUNAL D'ORIGINE)[32] :

OUI _____ NON _____

Liste de documents :

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Fait à ....., le .....

.....
Signature et / ou cachet

[29] Art. 27(2) – Dans le cas où le jugement a été rendu par défaut, le tribunal destinataire par cette formule n'est pas lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence.
[30] Art. 29(1) *b)*.
[31] Art. 25(4).
[32] Art. 25(3).

This judgment was rendered by default:

YES _____ NO _____

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)[29, 30]

This judgment (or some part thereof) is currently the subject of review in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[31]

YES _____ NO _____

This judgment (or some part thereof) is presently enforceable in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[32]

YES _____ NO _____

List of documents:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Dated this ..... day of ....., 20 ...

.....
Signature and / or stamp

[29] Art. 27(2) – If the judgment was by default, then the Court being addressed by this form is not bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[30] Art. 29(1) *b)*.
[31] Art. 25(4).
[32] Art. 25(3).

Dix-neuvième session
Nineteenth Session

Actes
Acts

Note du Bureau Permanent

Conformément à une pratique qui a pris naissance lors de la Session extraordinaire de 1966, les interventions ont été résumées dans la langue, anglaise ou française, utilisée par les orateurs. De même, les Documents de travail sont reproduits dans la langue utilisée par leur auteur, le Bureau Permanent ne pouvant assurer la traduction des documents produits par les délégations. Sont toutefois diffusés dans les deux langues les documents produits par le Président et les co-Rapporteurs, le Secrétariat et les Comités de rédaction.

Notice by the Permanent Bureau

In accordance with a practice which began during the Extraordinary Session of 1966, the speakers' remarks have been summarised in the languages which they have employed, respectively English or French. Likewise, Working Documents are reproduced only in the languages employed by their authors, since the Permanent Bureau has no translation service. However, documents emanating from the Chair, the co-Reporters, the Secretariat or the Drafting Committees have been distributed in both languages.

Membres de la Deuxième commission
Members of the Second Commission

PRÉSIDENT – CHAIR

Mr *T. Bradbrooke Smith*, Q.C., Ottawa, Canada

RAPPORTEURS – REPORTERS

The Honourable Mr Justice *Peter E. Nygh*, Visiting Professor, University of New South Wales, Kirribilli, Australia
M. *Fausto Pocar*, professeur de droit international privé à l'Université de Milan, Italie; juge, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, La Haye

DÉLÉGUÉS – DELEGATES

Allemagne/Germany
Mr *Rolf Wagner*, *Ministerialrat*, Federal Ministry of Justice, Berlin
Ms *Andrea Schulz*, *Regierungsdirektorin*, Federal Ministry of Justice, Berlin
Mr *Siegfried J. Trommer*, Counsellor, Embassy of the Federal Republic of Germany, The Hague

Argentine/Argentina
H.E. Justice *Antonio Boggiano*, Judge and former President of the Supreme Court; Professor of private international law at the University of Buenos Aires
Mrs *Inés M. Weinberg de Roca*, Adviser, Professor of private international law, University of Buenos Aires

Australie/Australia
Mr *David M.J. Bennett*, Q.C., Solicitor-General of Australia, Sydney NSW
Mr *John Mc Ginness*, Principal Legal Officer, Civil Justice Division, Attorney-General's Department, Barton ACT
Ms *Fiona Cameron*, Principal Policy Advisor, Legislation and Policy Division, Attorney-General's Department, Sydney NSW
Mr *Timothy McEvoy*, Solicitor, Freehills, Sydney NSW

Autriche/Austria
Mr *Werner Schütz*, Deputy Director General, Federal Ministry of Justice, Vienna
Mr *Gottfried Musger*, Judge, *Bezirksgericht für Zivilrechtssachen*, Graz

Belgique/Belgium
Mme *Roseline Demoustier*, directeur général de l'Administration de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles
M. *Jacques H.L. Matthys*, conseiller général, Direction générale de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles
M. *Jean-Pierre Bedin*, conseiller adjoint, Administration de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles

Brésil/Brazil
Mr *Antônio P. Cachapuz de Medeiros*, Legal Advisor, Ministry of Foreign Relations, Brasilia
Mrs *Janine-Monique Bustani*, Counsellor, Embassy of Brazil, The Hague

Bulgarie/Bulgaria
Mrs *Krassimira Beshkova*, Legal Adviser, International Legal Directorate, Ministry of Foreign Affairs, Sofia

Canada
Ms *Elizabeth Sanderson*, Senior General Counsel, Public Law Policy Section, Department of Justice, Ottawa
Ms *Kathryn Sabo*, Senior Counsel, Private International Law Team, Public Law Policy Section, Department of Justice, Ottawa
Mr *Jeff Richstone*, General Counsel, Canadian Heritage Legal Services, Government of Canada, Ottawa
Ms *Christina Sampogna*, Senior Project Leader of Patents & Biotechnology, Industry Canada, Ottawa
M. *Alain Prujiner*, professeur de droit international privé, Université Laval, Faculté de droit, Québec
Mr *Gregory K. Steele*, Partner, Steele Urquhart Payne, Vancouver
Mr *Jean-Pierre Gombay*, Counsellor, Embassy of Canada, The Hague
Mme *Frédérique Sabourin*, Direction des Affaires juridiques, Ministère des Relations internationales, Québec
Mr *Darcy McGovern*, Crown Counsel, Legislative Services Branch, Department of Justice, Regina
Mr *H. Scott Fairley*, Partner, Donahue, Ernst & Young, Toronto

Chili/Chile
Mr *Ignacio Llanos*, Second Secretary, Embassy of Chile, The Hague

Chine/China
H.E. *Mr Zhu Zushou*, Ambassador of the People's Republic of China to the Netherlands, The Hague
Mr *Hu Bin*, Deputy Division Chief, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Ms *Wang Yun*, Judge, Supreme People's Court, Beijing
Ms *Zhao Hong*, Deputy Division Chief, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation, Beijing
Mr *Chen Xianjie*, Judge, Supreme People's Court, Beijing
Mr *Jiang Danming*, Official, State Intellectual Property Office of China, Law and Treaty Department, Beijing
Ms *Tian Ni*, Attaché, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Sun Guoshun*, First Secretary, Embassy of the People's Republic of China, The Hague
Mr *David J. Little*, Law Officer (International Law), International Law Division, Department of Justice, Hong Kong Special Administrative Region
Mr *Y.K. Frank Poon*, Deputy Principal Government Counsel, International Law Division, Department of Justice, Hong Kong Special Administrative Region
Ms *Patricia Albuquerque Ferreira*, Deputy Director of the Macau Special Administrative Region Legislative Affairs Office
Mr *Zhu Lin*, Legal Advisor to the Secretary for Administration and Justice of the Macau Special Administrative Region

République de Corée/Republic of Korea
Mr *Dong-hee Chang*, Deputy Director General, Treaties Bureau, Ministry of Foreign Affairs and Trade, Seoul
Mr *Young-Hill Liew*, Judge, Korean Patent Court, Daejeon City
Mr *Chong Hoon Kim*, Counsellor, Embassy of Korea, The Hague
Mr *Chan-Sik Han*, Public Prosecutor, Ministry of Justice, Kwacheon
Mr *Sun-dong Kim*, Second Secretary, Embassy of Korea, The Hague

Croatie/Croatia
Mr *Krešimir Sajko*, Professor of Law, Director of the Institute of International and Comparative Law, University of Law, Zagreb

Danemark/Denmark
Mr *Allan Philip*, Professor; Lawyer, Philip & Partners, Copenhagen
Mr *Peter Arnt Nielsen*, Associate Professor, Charlottenlund

Égypte/Egypt
Ms *Amina Gomaa*, Minister Counsellor, Director of the Department of Law Research, Cairo

Espagne/Spain
Mme *Alegría Borrás*, professeur de droit international privé à l'Université de Barcelone
Mme *Elisa Pérez Vera, Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucia*; professeur de droit international privé, Université nationale d'Éducation à Distance, Madrid

États-Unis d'Amérique/United States of America
Mr *Jeffrey D. Kovar*, Assistant Legal Adviser for Private International Law, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mr *Paul Herrup*, Office of Foreign Litigation, Department of Justice, Washington, DC
Ms *Jennifer Lucas*, Attorney-Advisor, Office of Legislative and International Affairs, U.S. Patent and Trademark Office, Department of Commerce, Washington, DC
Ms *Maneesha Mithal*, International Consumer Protection Program, Federal Trade Commission, Washington, DC
Ms *Kathryn Nickerson*, Office of the Chief Counsel for International Commerce, Department of Commerce, Washington, DC
Ms *Marla C. Poor*, Attorney-Adviser, U.S. Copyright Office, Library of Congress, Washington, DC
Mr *Jeffrey M. Rohlmeier*, International Trade Specialist, Department of Commerce, Washington, DC
Mr *Ronald A. Brand*, Professor of Law, University of Pittsburgh School of Law, Pittsburgh, PA
Ms *Avril D. Haines*, Intern, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mr *Edward C.Y. Lau*, Association of Trial Lawyers of America, San Francisco, CA
Mr *Marc A. Pearl*, Private Sector Representative (e-Commerce), Shaw Pittman, Washington, DC
Ms *Manon Ress*, Essential Information, Washington, DC
Mr *Peter D. Trooboff*, Attorney-at-Law, Covington & Burling, Washington, DC
Mr *Arthur T. von Mehren*, Story Professor of Law, Emeritus, Harvard Law School, Cambridge, MA
Ms *Louise Ellen Teitz*, Associate Professor of Law, Roger Williams University, Bristol, RI

Finlande/Finland
Mr Justice *Gustaf Möller*, Supreme Court of Finland, Helsinki
Mr *Antti T. Leinonen*, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki
Ms *Maarit Vallinen*, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki

France
M. *Bruno Sturlese*, chef du Bureau du droit européen et international en matière civile et commerciale (L1), Paris
Mme *Marie-Josèphe Bourgeois*, magistrat, Ministère de la Justice, Service des affaires européennes et internationales (L1), Paris
Mme *Agnès Maitrepierre*, Ministère des Affaires étrangères, Direction des affaires juridiques, Paris
M. *Antoine Buchet*, conseiller justice à la Représentation permanente de la France à l'Union européenne, Paris
Mme *Sylvie Petit-Leclair*, magistrat de liaison auprès du Ministère de la Justice des Pays-Bas, La Haye
Mme *Anne Verron*, chargée de mission à l'Institut national de la propriété industrielle, Paris

Géorgie/Georgia
Mr *George Kereselidze*, Head of Division, International Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Tbilisi

Grèce/Greece
Mme *Zoé Passia-Papassiopi*, professeur associé de droit international privé à l'Université « Aristote » de Thessaloniki
M. *Ioannis Voulgaris*, professeur de droit international privé à l'Université « Democritos » de Thrace
M. *Evangelos Vassilakakis*, professeur associé de droit international privé à l'Université « Aristote » de Thessaloniki

Hongrie/Hungary
Ms *Mária Kurucz*, Legal Adviser, Department of International Law, Ministry of Justice, Budapest

Irlande/Ireland
Ms *Regina Terry*, Principal Officer, Department of Justice, Equality and Law Reform, Dublin
Mr *David Gwynn Morgan*, Professor; Law Reform Commission; University College Cork, Law Department, Cork
Mr *Feargal O'Dubhghaill*, Advisory Counsel, Office of the Attorney General, Dublin

Israël/Israel
Mr *Chaim I. Goldwater*, Lecturer in Law, "Shoarei Mishpat" College of Law, Hod Hasharon; Consultant on Private International Law, Jerusalem
Ms *Celia Fassberg*, Professor of Private International Law, Hebrew University, Jerusalem
Mr *Benjamin Rubin*, Head of International Matters, Legal Advice and Legislation Division, Ministry of Justice, Jerusalem

Italie/Italy
M. *Luigi Rovelli, Magistrato il cassazione*, Ministère de la Justice, Rome
Mme *Stefania Bariatti*, professeur de droit des Communautés européennes à l'Université de Milan-Bicoccade

Japon/Japan
Mr *Yoshiaki Sakurada*, Professor of Law, Graduate School of Law, Kyoto University
Mr *Masato Dogauchi*, Professor, Graduate School of Law and Politics, University of Tokyo
Mr *Hibiku Shimizu*, Counsellor, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
Mr *Masashi Nakazono*, Deputy Director, International Affairs Division, Japan Copyright Office (JCO), Tokyo
Mr *Satoru Kobori*, Attorney, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo; concurrently: Legal Affairs Division, Treaties Bureau, Ministry of Foreign Affairs, Tokyo
Mr *Kunio Koide*, First Secretary, Legal Affairs Section, Embassy of Japan, The Hague
Mr *Hironobu Sakai*, Special Researcher, Associate Professor at Kobe University, Embassy of Japan, The Hague

Mr *Yusuke Yamaguchi*, Researcher, Technology Research Division, General Affairs Department, Japan Patent Office, Ministry of Economy, Trade and Industry, Tokyo

Luxembourg
Mme *Marie-Anne Ketter*, conseiller de Gouvernement 1re classe, Ministère de la Justice
Mme *Jeannine Dennewald*, attaché de justice, Ministère de la Justice
M. *Thierry Hoscheit*, juge
Mme *Marianne Harles*, juge

Maroc/Morocco
M. *Idriss Idrissi Bichr*, inspecteur général, Ministère de la Justice, Rabat
M. *Noureddine Belabbes*, conseiller, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
M. *Habib Defouad*, Ministre plénipotentiaire, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
Mlle *Farida Loudaya*, conseiller près l'Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
M. *Mohammed Azzine*, juge près l'Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye

Mexique/Mexico
Mr *José-Luis Siqueiros*, Professor, Mexico City
Ms *Norma Suarez Paniagua*, Counsellor, Embassy of Mexico, The Hague

Monaco
M. *Laurent Anselmi*, secrétaire général de la Direction des Services Judiciaires, Palais de Justice

Norvège/Norway
Mr *Helge J. Thue*, Professor at the University of Oslo
Ms *Ingeborg B. Holtskog Olebakken*, Adviser, Royal Ministry of Justice and the Police, Oslo

Pays-Bas/Netherlands
M. *Antoon (Teun) V.M. Struycken*, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue; président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé
Mr *Paul Vlas*, Professor of private international and comparative law at the Free University of Amsterdam
M. *Frans J.A. van der Velden*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye
Mme *Dorothea van Iterson*, conseiller à la Direction Législation, Ministère de la Justice, La Haye
Mrs *Stientje van Veldhoven-van der Meer*, *Senior Wetgevingsjurist*, Ministry of Economic Affairs, The Hague

Pologne/Poland
Ms *Beata Kozlowska*, Judge, Ministry of Justice, Warsaw
Mr *Zbigniew A. Czubinski*, Counsellor, Embassy of Poland, The Hague

Portugal
Mme *Isabel M. de Magalhães Collaço*, professeur de droit à l'Université de Lisbonne
Mme *Fernanda Vidal Lopes*, juriste, Ministère de la Justice (Griec), Lisbonne

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *Alasdair W.M. Wallace*, Head of International and Common Law Services Division, Lord Chancellor's Department, London
Mr *Oliver Parker*, Legal Adviser, International Division, Lord Chancellor's Department, London
Mr *Trevor C. Hartley*, Professor of Law, London School of Economics and Political Science
Mr *Peter M. Beaton*, Head of Civil Justice and International Division, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh
Mr *Paul R. Beaumont*, Professor of European Union and Private International Law and Head of School of Law, University of Aberdeen; Adviser to Lord Chancellor's Department and Scottish Executive
Mr *Bryan James Welch*, Legal Director, Department of Trade and Industry, London
Mr *Fraser Murrey*, Deputy Head of Business Law Unit, Department of Trade and Industry, London

Slovaquie/Slovakia
Mr *Milan Kollar*, Counsellor, Embassy of the Slovak Republic, The Hague
Ms *Natália Hrnciarová*, Department of International Law, Ministry of Foreign Affairs, Bratislava

Suède/Sweden
Mr *L. Göran T. Lambertz*, Director General, Ministry of Justice, Stockholm
Ms *Cecilia Renfors*, Director, Division for Procedural Law and Court Issues, Ministry of Justice, Stockholm
Mr *Kenneth Nordlander*, Legal Counsellor at the Swedish representation in Brussels
Mr *Michael Hellner*, Special Adviser, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
Mme *Monique Jametti Greiner*, vice-directrice, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Andreas Bucher*, professeur à l'Université de Genève
M. *Alexander R. Markus*, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Stefan Luginbühl*, conseiller juridique, Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Berne

République tchèque/Czech Republic
Mr *Milan Holub*, Chairman of the Chamber of the High Court of the Czech Republic, Prague

Uruguay
H.E. Mr *Didier Opertti Badán*, Minister of Foreign Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Montevideo

OBSERVATEURS – OBSERVERS

REPRÉSENTANTS D'ÉTATS INVITÉS – REPRESENTATIVES FOR INVITED STATES

Belarus
H.E. Mr *Vladimir Gerasimovich*, Extraordinary and Plenipotentiary Ambassador of the Republic of Belarus, Embassy of the Republic of Belarus, The Hague
Mr *Nikolai Buzo*, Counsellor, Embassy of the Republic of Belarus, The Hague

Indonésie/Indonesia
Mr *H.A.S. Natabaya*, Professor, Department of Justice and Human Rights Affairs, Head of National Legal Development Agency, Jakarta
Ms *Kusuma Nursiawati-Loebis*, First Secretary, Embassy of Indonesia, The Hague
Mr *Abdulkadir K. Jailani*, Third Secretary, Embassy of Indonesia, The Hague
Mr *Daniel T.S. Simanjuntak*, Attaché, Embassy of Indonesia, The Hague

Lituanie/Lithuania
Mr *Darius Pranckevicius*, Chargé d'affaires *a.i.*, Embassy of Lithuania, The Hague

Malaisie/Malaysia
Hon. Justice *Dato James Cheng-Yuen Foong*, Senior High Court Judge, Perat
Mr *Raja Nazrin*, Counsellor, Embassy of Malaysia, The Hague

Nouvelle-Zélande/New Zealand
Mr *David J. Goddard*, Barrister; Consultant to the New Zealand Law Commission, Wellington

Panama
Mr *Pedro Sitton-Ureta*, Legal Counsellor, Embassy of Panama, Brussels

Philippines
Ms *M. Antonina Mendoza*, Principal Assistant, Office of Legal Affairs, Department of Foreign Affairs, Passy City, Metro Manila; Foreign Service Officer

Fédération de Russie/Russian Federation
H.E. *Mr A. Khodakov*, Ambassador of the Russian Federation, The Hague
Mr *Alexander A. Borisov*, First Secretary, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow; Minister-Counsellor, Embassy of the Russian Federation, The Hague
Mr *Igor Panin*, First Secretary, Embassy of the Russian Federation, The Hague
Mr *Kirill Sokolov-Shcherbachev*, Attaché, Embassy of the Russian Federation, The Hague

Sri Lanka
Mr *Vadivel Krishnamoorthy*, First Secretary, Embassy of Sri Lanka, The Hague

Thaïlande/Thailand
Mr *Chakorn Suchiva*, Minister-Counsellor, Royal Embassy of Thailand, The Hague
Mr *Itthi Musikapong*, Assistant Judge, Court of Appeal, Region 6 Bangkok
Ms *Suphawadee Wongsawasdi*, Second Secretary, Royal Embassy of Thailand, The Hague

Ukraine
Ms *Lidia Gorbunova*, Deputy Minister of Justice, Ministry of Justice, Kiev
H.E. Mr *Volodymyr Khandogiy*, Ambassador of Ukraine in the Benelux, Embassy of Ukraine, Brussels
Mr *German Galushchenko*, Chief Adviser of the Presidential Administration of Ukraine, Kiev
Mr *Anatolij Burmakov*, Chargé d'Affaires, Embassy of Ukraine, The Hague
Mr *Olexandr Malynovsky*, First Secretary, Directorate General for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Kiev
Mr *Nazar Bobitski*, Third Secretary, Embassy of Ukraine, The Hague
Mr *Anatoly Dovgert*, Head of the Department of Private International Law, Institute of International Relations, Kiev National University
Mr *S. Shevchuk*, Director of Centre for Comparative Law, Ministry of Justice

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
World Intellectual Property Organization
Mrs *Joëlle M. Rogé*, Director-Advisor, WIPO Sector for Progressive Development of International Intellectual Property Law, Geneva, Switzerland

Institut international pour l'unification du droit privé
International Institute for the Unification of Private Law
Mr *J. Herbert E. Kronke*, Professor of Law; Secretary General of UNIDROIT, Rome, Italy
Mr *Antonio Gidi*, UNIDROIT/ALI Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Philadelphia, PA, United States of America

Commonwealth Secretariat
Mr *J.D. McClean*, Dean of the Faculty of Law, University of Sheffield, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Commission européenne
European Commission
Mme *Anne-Marie Rouchaud*, administrateur principal – Coopération judiciaire civile, Service juridique, Équipe JLS, Direction générale «Justice et Affaires intérieures», Bruxelles, Belgique
M. *Gustaaf M. Borchardt*, directeur, Direction générale «Justice et Affaires intérieures», Bruxelles, Belgique
M. *Olivier Tell*, expert national détaché «Coopération judiciaire civile», Direction générale «Justice et Affaires intérieures», Bruxelles, Belgique
M. *Christian Auinger*, Direction générale «Marché intérieur», Unité E3, Bruxelles, Belgique
Mme *Mirjam Söderholm*, Direction générale «Marché intérieur», Bruxelles, Belgique
M. *Bernd Martenczuk*, membre du Service juridique, Bruxelles, Belgique

Conseil de l'Union européenne
Council of the European Union
M. *Fernando R. Paulino Pereira*, administrateur principal à la Direction générale «H» (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général, Bruxelles, Belgique
M. *Jan-Peter Hix*, conseiller juridique au Service juridique, Secrétariat général, Bruxelles, Belgique

Parlement européen
European Parliament
Mrs *Diana Wallis*, MEP, European Parliament, Brussels, Belgium
Mr *Harry Duintjer Tebbens*, Head of Division, Legal Services, European Parliament, Brussels, Belgium

Commission internationale de l'état civil
International Commission on Civil Status
M. *Paul Lagarde*, secrétaire général de la CIEC, professeur à l'Université de Paris I, France

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle
Mr *Sierd J. Schaafsma*, De Brauw Blackstone Westbroek Linklaters & Alliance, The Hague, Netherlands
Mr *T. Schaper*, De Brauw Blackstone Westbroek Linklaters & Alliance, The Hague, Netherlands

Chambre de Commerce Internationale
International Chamber of Commerce
Mr *Stefan Bernhard*, Senior Partner, Attorney, Lagerlöf & Leman, Stockholm, Sweden
Ms *Marilyn Cade*, Director, AT&T, Washington, DC, United States of America

Ms *Shira Perlmutter*, Vice President and Associate General Counsel, Intellectual Property Policy, AOL Time Warner Inc., New York, NY, United States of America
Mr *Eduardo Valencia-Ospina*, former Registrar, International Court of Justice; Consultant, Eversheds Law (London, Paris); Chief Editor, Law & Practice of International Courts & Tribunals (Kluwer Law Int'l); Honorary Fellow, New York University, School of Law; Asser Institute, The Hague, Netherlands

Commercial Internet Exchange
Ms *Barbara S. Wellbery*, Partner, Morrison & Foerster LLP, Washington, DC, United States of America
Ms *Ann-Charlotte Högberg*, Associate, Brussels, Belgium

Consumers International
Mr *Machiel B.L. van der Velde*, Policy Officer, Consument-en-bond, The Hague, Netherlands

Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle
Mr *Marc E. Hankin*, Attorney, Los Angeles, CA, United States of America
Mr *Maxim H. Waldbaum*, Chairman, FICPI, CET-6 Enforcement of IP Rights, Salans Hertzfeld Heilbronn Christy & Viener, New York, NY, United States of America

International Academy of Trial Lawyers
Miss *Twinkle Egan*, Barrister-at-Law, Law Library, Dublin, Ireland

Association internationale des Juristes démocrates
International Association of Democratic Lawyers
Mr *Paul R. Dubinsky*, Professor of International Law, New York Law School, New York, NY, United States of America

International Law Association
Ms *Catherine Kessedjian*, professeur agrégé des Facultés de droit, Université Panthéon-Assas Paris II, France

Internet Law & Policy Forum
Ms *Ruth Day*, Executive Director, Internet Law & Policy Forum, New York, NY, United States of America
Mr *Masanobu Katoh*, Chairman, Internet Law & Policy Forum, Fujitsu Limited, Washington, DC, United States of America

Fédération internationale des associations de producteurs de films
International Federation of Film Producers Associations
Ms *Laurence Djolakian*, Deputy Legal Counsel, Motion Picture Association, Brussels, Belgium
Ms *Cindy Rose*, Vice President, Government Relations Europe, The Walt Disney Company (Benelux), Brussels, Belgium
Mr *Ted Shapiro*, Vice President and General Counsel-Europe, Motion Picture Association, Brussels, Belgium

International Federation of the Phonographic Industry
Ms *Maria Martin-Prat*, IFPI Deputy General Counsel, Director of Legal Policy, London, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Ms *Ute Decker*, Legal Advisor, IFPI Legal Policy Department, London, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

International Publishers Association
M. *Benoît Müller*, secrétaire général, IPA, Genève, Suisse
Mr *Alexis Ernest Lefebvre*, Secretary General, International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM), Amersfoort, Netherlands

International Trademark Association
Ms *Sarah B. Deutsch*, Vice-President and Associate General Counsel, Verizon, Arlington, VA, United States of America
Mrs *Judith Sapp*, Member, INTA Ad Hoc Subcommittee on the Hague Convention, Preti, Flaherty, Beliveau, Pachios & Haley, LLC, Portland, ME, United States of America

Union internationale des Huissiers de justice et Officiers judiciaires
International Union of Judicial Officers
M. *Leo C.J. Netten*, vice-président de l'UIHJ, Tilburg, Pays-Bas

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries
M. *Jeffrey A. Talpis*, notaire; professeur à l'Université de Montréal, Canada

SECRÉTARIAT – SECRETARIAT

Secrétaire général – Secretary General
M. *Hans van Loon*

Secrétaire général adjoint – Deputy Secretary General
Mr *William Duncan*

Premiers secrétaires – First Secretaries
M. *Christophe Bernasconi*
M. *Philippe Lortie*, avocat, Ministère de la Justice, Ottawa, Canada (en détachement auprès du Bureau Permanent)

Expert consultant
M. *Georges A.L. Droz*, ancien Secrétaire général de la Conférence de La Haye, Paris, France

Secrétaires rédacteurs – Recording Secretaries
Mlle *Catherine Blanchin*, docteur en droit; assistante de justice à la Cour de Cassation, Paris, France
Mlle *Christelle Chalas*, Paris, France
Mr *Björn Fasterling*, Berlin, Germany
Mlle *Aude Fiorini*, attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, France
Mr *Peter E. McEleavy*, Barrister; Lecturer in Law, Aberdeen University, Scotland
M. *Kostya Rilov*, Paris, France
Miss *Kim Thuy Seelinger*, San Francisco, CA, United States of America
M. *Patrick Wautelet*, assistant, Université catholique de Louvain, Belgique (*visiting Researcher*, Harvard Law School)

Assistants stagiaires – Assistant interns
Ms *Debra Cole*, student, New York University, NY, United States of America
Ms *Mariama Diallo*, Attorney; Research Assistant at the Hague Conference on Private International Law, The Hague, Netherlands
Ms *Marion Ely*, Attorney; Research Assistant at the Hague Conference on Private International Law, The Hague, Netherlands
Ms *Hélène van Lith*, Research Scholar Private International Law, Erasmus University, Rotterdam, Netherlands
Ms *Alexandra Schluep*, Attorney; Research Assistant at the Hague Conference on Private International Law, The Hague, Netherlands
Ms *Frederike Stikkelbroeck*, Attorney; Research Assistant at the Hague Conference on Private International Law, The Hague, Netherlands

Documents de travail de la Deuxième commission

Working Documents of the Second Commission

Documents de travail Nos 1 à 11

Working Documents Nos 1 to 11

Distribués le mercredi 6 juin 2001

Distributed on Wednesday 6 June 2001

No 1 – Proposal of the delegation of the United States of America

Additions to Article 1

Article 1 Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g) arbitration and proceedings related thereto;

h) admiralty or maritime matters;

i) anti-trust claims;

j) nuclear matters.

3 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any other person acting for the State is a party thereto.

4 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Rationale:

Anti-trust claims and regimes related to nuclear liability are specialised areas for which harmonised treatment cannot be reasonably expected under this Convention. Nuclear liability is the subject of important international conventions and specialised national statutory schemes. International anti-trust co-operation should be left to national and regional anti-trust authorities.

No 2 – Proposal of the delegation of the United States of America

Technical corrections to Article 4 of the 1999 preliminary draft Convention

Article 4 Choice of court

1 If the parties have agreed that ~~a court or~~ the courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, ~~that court or those~~ the courts of that Contracting State shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates ~~a court or~~ the courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the ~~court or~~ courts chosen have themselves declined jurisdiction.

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into or confirmed –

a) in writing;

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

3 Agreements conferring jurisdiction and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 13.

Rationale:

In the text of the 1999 preliminary draft Convention, paragraph 1 could have been read to allow a choice of court clause in a contract to identify and thereby create jurisdiction in a particular court that would not otherwise be authorised to hear the case under national law. For example, a State may require that all patent cases be brought before a particular court other than the one chosen by the parties. In that circumstance, the Convention should not permit parties to create jurisdiction in a different court in the same State. The proposed change would ensure that national law alone governs such venue question.

No 3 – Proposal of the delegation of Australia

Anti-trust

Article 1(2)

2 The Convention does not apply to –

[...]

i) unfair competition or restrictive trade practices;

Notes:

United States Sherman Act section 1 prohibits "every contract or combination in the form of a trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce".

Doc.trav./Work.Docs Nos 1-11

Section 2 creates a felony in relation to a person who shall monopolise trade or commerce.
United States Clayton Act prohibits mergers and acquisitions that substantially lessen competition or tend to create a monopoly (s. 18), price discrimination (s. 13), exclusive dealing (s. 14).
United States FTCA prohibits unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

No 4 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 0 Objet de la Convention (nouveau[1])

1 La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale devant les tribunaux des États contractants.

2 Le chapitre II énonce les chefs de compétence communs sur lesquels les tribunaux des États contractants fondent leur compétence. Les jugements rendus sur la base de ces compétences sont reconnus ou exécutés dans les autres États contractants selon la présente Convention.

3 Le chapitre III prévoit la compétence des tribunaux des États contractants fondée sur la loi nationale. Les jugements rendus sur cette base ne sont pas reconnus ou exécutés dans les États contractants en vertu de cette Convention.

4 Le chapitre IV énonce les compétences interdites en vertu de la Convention. Un jugement rendu sur la base d'une de ces compétences ne sera pas reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

5 Le chapitre V porte sur les mesures provisoires et conservatoires.

6 Les chapitres V et VI contiennent, respectivement, des dispositions générales et finales liées à l'application de cette Convention.

Article premier Domaines exclus

1 La présente Convention ne comprend pas les matières fiscales, douanières et administratives.

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

a) à *h)* *sans changement*

i) les pratiques anticoncurrentielles ;

j) les droits réels immobiliers ;

k) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives ;

l) la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics[2].

3 et 4 *sans changement*

* * *

Article 0 Object of the Convention (new[1])

1 The Convention applies to civil and commercial matters before courts of Contracting States.

2 Chapter II sets out common grounds of jurisdiction for the courts of Contracting States. Judgments rendered on such grounds are entitled to recognition or enforcement in the other Contracting States under this Convention.

3 Chapter III refers to the jurisdiction of the courts of Contracting States under national law. Judgments rendered on such basis are not entitled to recognition or enforcement in Contracting States under this Convention.

4 Chapter IV sets out the grounds of jurisdiction which are prohibited under the Convention. A judgment rendered on such a ground shall not be recognised or enforced in another Contracting State.

5 Chapter V deals with provisional and protective measures.

6 Chapters VI and VII contain, respectively, general and final provisions related to the application of this Convention.

Article 1 Excluded matters

1 This Convention shall not extend to revenue, customs or administrative matters.

2 The Convention does not apply to –

a) to *h)* *unchanged*

i) anti-trust violations;

j) rights *in rem* in immovable property;

k) validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto;

l) validity or nullity of entries in public registers.[2]

3 and 4 *unchanged*

No 5 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 4 Élection de for (para. 2)

2 Une telle convention au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue [*biffer* « ou confirmée »] :

a) par écrit ;

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties ;

d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé

[1] Sauf le para. 1er qui constitue une version modifiée de la première phrase du para. 1er de l'art. 1er de l'avant-projet de 1999. Les para. 2 à 4 ont pour principal but de présenter clairement les trois catégories de juridictions qui sont caractéristiques pour une convention mixte du genre de celle de l'avant-projet de 1999.
[2] *Note :* ce cas d'exclusion est limité exclusivement aux registres mentionnés au para. 3 de l'art. 12. Il ne touche pas à la propriété intellectuelle. Il conviendra, le cas échéant, de modifier la rédaction en conséquence.

[1] To the exception of para. 1 which presents a modified version of the first sentence of para. 1 of Art. 1 of the preliminary draft of 1999. Paras 2 to 4 have as the main purpose to outline in a clear way the three categories of jurisdictions that are specific to a mixed convention of the type retained in the 1999 preliminary draft.
[2] *Note:* this item for exclusion is exclusively related to the matter dealt with in para. 3 of Art. 12; it does not touch upon intellectual property. The drafting might therefore have to be amended accordingly.

par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

* * *

Article 4 Choice of court (para. 2)

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into [*delete* "or confirmed"] –

a) in writing;

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

No 6 – Proposition des délégations des États-Unis d'Amérique, de la Nouvelle-Zélande et de la Suisse – Proposal of the delegations of the United States of America, New Zealand and Switzerland

Article 5 Comparution du défendeur

Supprimer.

Note :

Cette disposition soulève de problèmes considérables dans une convention mixte. L'article 5 serait d'un intérêt particulier dans les situations dans lesquelles la compétence est fondée sur le droit national (art. 17 ; « zone grise »). En effet, le défendeur qui ne s'oppose pas à la compétence du juge saisi serait soumis à l'article 5 et réputé avoir accepté, du fait de sa comparution, cette compétence, ce qui a pour effet que le jugement devra être reconnu et exécuté en vertu de la Convention (art. 25 ; « zone blanche »). Le Rapport suggère que le défendeur devrait attirer l'attention du tribunal sur le fait que celui-ci est dépourvu de compétence en vertu des articles 3 à 16[1]. Cependant, le tribunal d'origine n'est pas requis, selon l'avant-projet de Convention, de se déterminer sur la question de savoir s'il existe, dans le cas particulier, un chef de compétence d'après les articles 3 à 16, dans la mesure où sa compétence peut être fondée sur le droit national (art. 17).

* * *

Article 5 Appearance by the defendant

Delete.

Note:

This provision poses some significant problems in a mixed convention. Article 5 would be highly relevant in cases where jurisdiction is based on national law (Art. 17; "grey zone"). The defendant who does not object to the jurisdiction of the court seised will be subject to Article 5 and be treated as having accepted, through appearance, a jurisdiction which will result in a judgment entitled to recognition and enforcement under the Convention (Art. 25; "white zone"). The Report suggests that the defendant should point out to the court that it lacks jurisdiction under Articles 3 to 16.[1] However, the court of origin is not required, under the preliminary draft Convention, to make any determination on the question of whether a ground of jurisdiction under Articles 3 to 16 exists in the particular case, provided that jurisdiction can be based on national law (Art. 17).

No 7 – Proposal of the delegation of Japan

Article 1 Substantive scope

1 [...]

2 The Convention does not apply to –

[...]

i) nuclear liability.

3 [...]

Note:

The Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters *excluded "questions relating to damage or injury in nuclear matters" from the scope of its application (Art. 1, 2nd para., sub-para. (7)). The situation on this matter has not since changed.*
In the field of nuclear liability, there are two basic Conventions: the Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy *("the Paris Convention") of 1960, as amended, made under the auspices of the* OECD *Nuclear Energy Agency;[1] and the* Convention on Civil Liability for Nuclear Damage *("the Vienna Convention") of 1963 made under the auspices of the* IAEA.[2] *According to these Conventions, only the country where the installation is situated has exclusive jurisdiction over the action for damages in the case of nuclear accident[3] and the court may apply its own law to the matters not controlled by the Conventions.[4] This system can secure not only the uniform solution for many claims but also the application of the nuclear liability law of the home country of the operator. In consideration of the special regime for nuclear activity in combination with the forced liability insurance system, such system is considered reasonable.*
For the States Parties to these Conventions, Article 37 (disconnecting clause) of the preliminary draft Convention will guarantee the application of such Conventions' special scheme for nuclear liability. However, for the States that are not Party to either Convention, including Japan, the normal rules on jurisdiction for torts would be applied. This means that, in the case of a nuclear accident with cross-border damage in several countries, every such country would have jurisdiction over actions for damages and would apply its own laws respectively in accordance with its choice of law rules providing for the application of the law of the place of damage. Such a conclusion would be unreasonable in consideration of the nuclear liability system. Accordingly, in order for those non-contracting States to the nuclear liability Conventions to have an option to make special jurisdictional rules

[1] Rapport Nygh / Pocar (Doc. prél. No 11 d'août 2000, ci-dessus p. 206 du présent tome), au No 89.

[1] Nygh / Pocar Report (Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome), at No 89.
[1] The Paris Convention is supplemented by the *Supplementary Convention on Third Liability in the Field of Nuclear Energy* of 31 January 1963 ("the Brussels Supplementary Convention"), as amended.
[2] The Vienna Convention was revised in 1997, but this new Convention has not yet entered into force. Also in 1997, the *Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage* was adopted (not yet in force). Incidentally, the Paris Convention and the Vienna Convention have been linked by the *Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention* of 21 September 1988, which entered into force on 27 April 1992.
[3] *See Art. 13 of the Paris Convention and Art. XI of the Vienna Convention.*
[4] *See Arts 11 and 14 of the Paris Convention and Art. VIII of the Vienna Convention.*

Doc.trav./Work.Docs Nos 1-11

for nuclear liability, the matters relating to nuclear liability should be excluded from the substantive scope of application of the future Convention.
The definition of "nuclear liability" is precisely provided for in the above Conventions. Such definition should be referred to in the Explanatory Report of this Convention.

No 8 – Proposal of the delegation of Japan

Article 10 Torts or delicts

1 [...]

2 [...]

3 *Delete.*

4 [...]

Note:

It is undoubtedly important in the Internet age to freeze an activity before the injury therefrom has occurred. However, it would be dangerous to have Article 10(3), which allows a plaintiff to bring an action in accordance with paragraph 1, in other words, in the courts of the State in which the act or omission may occur or in which the injury may occur. The problem is that every country can be the place of an injury that has not yet happened and that the plaintiff might be able to file a suit everywhere. Perhaps in accordance with the laws of most countries, an action for suspending certain acts without real or threatening danger of injury would be dismissed on account of lack of interest for filing. However, even in such a case, each Contracting State has the obligation to admit jurisdiction since Article 10(3) is in the white list. And, if one of such countries does render a judgment in such circumstances, other Contracting States have to enforce such a judgment without reviewing the merits of the case. Jurisdictional rules in such circumstances had better be left to national laws.

No 9 – Proposal of the delegation of Japan

Article 16 Third party claims

Delete.

Note:

Without deleting this Article, the obligation of each country under this Convention would become unbalanced, since some countries, including Japan, do not have this kind of basis of jurisdiction.

No 10 – Proposal of the delegation of Japan

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

1 [...]

2 In particular, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis solely of one or more of the following –

[...]

k) the location of a subsidiary or other related entity of the defendant in that State.

3 [...]

Note:

Indeed, that we do not know such jurisdictional rules as envisaged in the above k), *the location of a subsidiary or other related entity of the defendant might be used as a reason for admitting jurisdiction in combination with other items of paragraph 2. In order to avoid such possibility such basis must be written in the black list.*

No 11 – Statement by the delegation of the United States of America

It has been nine years since the United States of America first proposed to the Member States of the Hague Conference to negotiate a Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments. In that time, a large number of people representing States, organisations, institutions, consumer groups, and companies have made an immense effort to prepare such a Convention. In particular, the Secretary General of the Hague Conference and his staff have devoted themselves tirelessly to the success of this project. Now, we Hague Conference Members and friends find ourselves on the threshold of the first of one or more Diplomatic Sessions intended to complete the work. Where shall our work take us?
The delegation of the United States of America remains convinced today – just as we believed in 1992 – that a focused, well-crafted, and pragmatic Convention is in the best interests of all States participating in the benefits of the expanding global marketplace. Our economies and societies are increasingly linked together by communications and commerce. It is time for national judgments in international disputes to be uniformly recognised and enforced around the world. A successful Convention will contribute to the growth of trade and the expansion of human contacts. But what constitutes a successful Convention?
As we stated in a pair of letters circulated to delegates on the October 1999 preliminary draft, the United States finds that text to be unduly weighted against well-developed and reasonable United States jurisdictional practices. As a result it stands no chance of acceptance in the United States. In addition, since we communicated our views there has been a great deal of discussion about the potential effects of the Convention on litigation involving electronic commerce and intellectual property rights. The numerous additional questions raised are making our task exponentially more difficult. The Internet has created dynamic new outlets for trade and human contacts in a medium where physical location loses much of its relevance. Yet even before courts, lawyers, academics, and law-makers have determined how to take centuries-old concepts of national jurisdiction and apply them to this new reality, the Hague Convention is proposing entirely new jurisdictional rules. This raises the possibility of creating rules that could stifle the growth of electronic commerce, harm consumers, or create some other market distortion. Considering the important economic and social consequences at stake worldwide for electronic commerce we must move cautiously. Fortunately, this meeting has a large number of experts and non-governmental organisations in attendance to help us recognise the practical significance of what we are negotiating. The fact that they are present is further testimony to the critical nature of the work under way.
The complexity and importance of the issues facing us call for slow and painstaking work that carefully and deliberately seeks consensus as we build a Convention from the ground up. Recognising this reality, many delegations and outside experts have engaged in more than six informal sessions over the last ten months. The quality of the discussions, proposals, and papers in those meetings has been extremely high. But the lack of concrete results has been a reminder of the difficulties of our common task.

Doc.trav./Work.Docs Nos 1-11

If we want to succeed in this project we must be prepared to take the time necessary at this and subsequent meetings to create a consensus document that reflects the practices and traditions of legal systems worldwide. The Convention must be designed to reflect the social and economic realities of global litigation and the realities of a world being transformed by information technology.
Because of the special difficulties of this project the Diplomatic Session will be conducted with consensus-based work methods more typical of broader-based and more contentious UN *fora rather than with the traditional Hague methods of majority voting. This process undoubtedly represents the future of a larger and more universal Hague Conference membership. We must strive to make the most of the consensus process here. The United States has brought an expert and vigorous delegation prepared to work as hard and long as feasible. We see no reason to impose time limitations on our work.*
As all our delegations wrestle with the problems and puzzles posed by this project over the next days, it will be perseverance, creativity, and a willingness to listen and to compromise that will make the difference between success and failure. The Convention has opened up major conflicts between large and critically important constituencies. For example, a major rift has appeared between business and consumer interests over European approaches to protective jurisdiction for consumers and the prospect of a global system for enforcing intellectual property rights. The Convention has also exposed strongly opposed interests between creative arts industries that rely on copyrights interests and industries that provide Internet services. Patent and trademark experts are similarly struggling with the possibilities and pitfalls of exclusive jurisdiction approaches. There is also a widespread lack of understanding of the request by some delegations for the Convention not to affect their regional law. In all these areas we must be very careful not to proceed without the full confidence of all the stakeholders.
We must try to address in Plenary and in working groups the problems raised by this Convention, striving to isolate issues and work through novel ideas for addressing them. We must attempt to lay down new texts to replace the 1999 draft, but do so in a consensus-building way. At the end of our time here we will have to evaluate how much progress we have made and what our options are next. It is too early to say whether we can meet the ambitious schedule already suggested or if delegations will be prepared to keep negotiating. In any case, if we move forward to future negotiating sessions, we must do so with the consensus-based working method.
Starting with the agreed premise of a mixed convention, every delegation should think at a more general level about what is ideal and what is possible in a global convention. There is no shame in achieving a much less complex and less ambitious mixed convention than that suggested by the 1999 draft. Nor is there shame in suspending these negotiations until enough time has passed to be able better to evaluate the complex interests at stake. It would be a shame, however, if we would rush to complete a Convention that would be unlikely to attract worldwide support. We would be wasting an opportunity that will not present itself again to this generation.
The delegation of the United States of America looks forward to the challenges laid out before us, and is eager to work with everyone to attempt to meet the important goal of creating an instrument that leaves the world a better place.

Documents de travail Nos 12 à 17

Working Documents Nos 12 to 17

Distribués le jeudi 7 juin 2001

Distributed on Thursday 7 June 2001

No 12 – Proposal of the delegations of the United States of America and Japan

Article 9 Branches [and regular commercial activity]

A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment of the defendant is situated, [or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means,] provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or establishment [or to that regular commercial activity]. The terms "branch, agency or any other establishment" do not apply to a separately incorporated legal entity unless it is acting as an agent or has otherwise failed to remain separate and distinct from its shareholder(s).

Rationale:

This clarification emphasises that the terms "branch, agency or other establishment" normally do not apply to a distinct legal entity organised by a foreign shareholder such as a subsidiary or affiliated corporation. Such a separate legal entity would only be treated as a "branch, agency or other establishment" in the unusual case when the entity acts as an agent of its shareholder or otherwise fails to remain separate and distinct from the shareholder (for example, a sham subsidiary that fails to maintain separate records or conduct operations apart from its shareholder).

Note:

Japan's support for this proposal is without prejudice to its position on the bracketed language of Article 9.

No 13 – Proposition des délégations du Japon, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis d'Amérique – Proposal of the delegations of Japan, New Zealand and the United States of America

Article 3 For du défendeur

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

2 Aux fins de la Convention, une personne physique est réputée être résidente :

a) si cette personne est résidente dans un seul État, dans cet État ;

b) si cette personne est résidente dans plusieurs États,

i) dans l'État de sa résidence principale ; ou

ii) si cette personne n'a pas de résidence principale dans aucun État, dans chaque État dans lequel cette personne est résidente.

23 Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être ~~habituellement~~ résidente dans l'État :

a) de son siège statutaire,

b) selon la loi duquel elle a été constituée,

c) de son administration centrale, ou

d) de son principal établissement.

Note :

Remplacer « résidence habituelle » par « résidence », et « habituellement résident » par « résident » partout dans le texte. Des modifications à certains autres articles (notamment art. 7, 8 et 10(4)) peuvent être nécessaires.

* * *

Article 3 Defendant's forum

1 Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of a ~~the~~ State in which ~~where~~ that defendant is ~~habitually~~ resident.

2 For the purposes of the Convention, a natural person shall be considered to be resident –

a) if that person is resident in only one State, in that State;

b) if that person is resident in more than one State,

i) in the State in which that person has his or her principal residence; or

ii) if that person does not have a principal residence in any one State, in each State in which that person is resident.

23 For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be ~~habitually~~ resident in the State –

a) where it has its statutory seat,

b) under whose law it was incorporated or formed,

c) where it has its central administration, or

d) where it has its principal place of business.

Note:

*Replace "*habitual residence*" with "*residence*" and "*habitually resident*" with "*resident*" throughout the text. Some consequential amendments to other Articles (in particular Arts. 7, 8 and 10(4)) may be needed.*

*The replacement of the term "*habitual residence*" with the term "*principal residence*" is motivated by two principal concerns:*

(a) in the context of e-commerce transactions, it will often be prudent for a business to ask persons (including consumers) with which it is dealing to disclose the State in which they are based, in order to identify the jurisdiction that may apply in any subsequent claims. An inquiry of this kind needs to be based on factual criteria which can be expressed in ordinary language, rather than on technical juridical concepts;
(b) the existing authorities in relation to the concept of habitual residence are numerous, inconsistent, and have been decided primarily in family law cases, a context very different from the commercial disputes to which this Convention will apply.

No 14 – Proposal of the delegation of the Republic of Belarus

In Article 9:

To support the addition which includes the text in brackets.

In paragraph 4 of Article 12:

To support the addition which includes the text in brackets.

In paragraph 3 of Article 18:

To support Variant Two.

In sub-paragraph d) *of Article 19:*

*To support the following addition: "*it appears from documents filed by the plaintiff that the defendant's address is in another Contracting State*".*

In paragraph 5 of Article 21:

To exclude the text in brackets.

In sub-paragraph f) *of Article 28:*

*To exclude the word "*manifestly*".*

In Article 37:

To support proposals 1, 3 of the Annex.

To include in the preliminary draft Convention provisions on Central Agencies which competent bodies of the Contracting States are to communicate through.

No 15 – Statement of the Internet Law and Policy Forum

Mr President, Mr Chair, honourable delegates, my name is Masanobu Katoh and I am chairman of the Internet Law and Policy Forum. The ILPF is a not for profit organisation of 25 member companies engaged in Internet-related businesses. Its members are headquartered in Europe, the United States of America, Canada, and Japan.
The ILPF has been carefully studying the issue of jurisdiction for the past two years, and our executive director, Ruth Day, and many of our members have participated in several of the experts' meetings concerning this Convention (previous statements and materials are available at: <www.ilpf.org>). Accordingly, I am honoured to have the opportunity to address you on this important occasion.
I will start with an obvious observation. Most businesses and consumers prefer their domestic courts over foreign courts. They understand the procedures, traditions, and language of the domestic courts, and perhaps feel that the domestic court system in some way is accountable to them. Thus, when they are plaintiffs, they wish for their domestic courts to have

broad jurisdiction, particularly over foreign parties. They want to enjoy the "home court advantage".
Likewise, when they are defendants, they wish for foreign courts to exercise narrow jurisdiction. They don't want to be confronted with unfamiliar procedures and the expense of litigating from afar. They don't want their opponent to enjoy the "home court advantage".
As a logical extension of this preference for their domestic courts, they want foreign courts to enforce their domestic courts' decisions. And not surprisingly, they usually don't want their domestic courts to enforce the foreign courts' decisions.
Everyone wants the home court advantage, but in a world with international trade, this is impossible. In an international dispute, one party inevitably will be litigating in a foreign court.
The Hague Conference bravely has tried to fashion rules governing these situations. I say bravely because the essence of the exercise is determining when a party has to give up the home court advantage – something no party ever wants to do.
The Conference has made great progress with part of this effort – with the provisions addressing enforcement of foreign judgments. Perhaps this part is less controversial because it does not involve a complete abandonment of the home court advantage. You might not like the foreign decision, and you might not want it enforced at home, but at least you will have the opportunity to argue in your language before your court why it should refuse enforcement.
The Conference has made less progress with the other part of this effort – with the provisions addressing jurisdiction. To be sure, a fair degree of consensus has been achieved with respect to some of these provisions. Others, however, remain extremely controversial. This controversy is not surprising. Although jurisdiction is a highly technical, even arcane, area of the law, it reflects a country's fundamental principles of sovereignty and fairness. Different legal systems have very different approaches to jurisdiction, and it is very difficult to reconcile these differences.
Further complicating matters is the recent emergence of electronic commerce. It is far from clear how existing principles of jurisdiction should be applied to this new means of doing business. When a consumer in the Netherlands purchases a product from an online merchant in Japan, what is the proper analogy? Is the Japanese online merchant like a travelling salesman doing business in the Netherlands? Or how can we define activity "within" a jurisdiction when the parties are connected by an interactive electronic communication medium such as website, e-mail, listserv and even peer to peer messaging and many other new technologies still emerging in the future?
E-commerce poses very difficult policy decisions in this area. On the one hand, consumers and small businesses should be able to have their day in court in a court which is easily accessible to them. On the other hand, subjecting online merchants to global jurisdiction will have a chilling effect on the growth of e-commerce. We must take care not to adopt a jurisdictional framework which will be extremely difficult to amend before we understand all of its ramifications on this new medium.
So where should the Conference go from here? We believe that the delegates should devote the Diplomatic Session to determining what really is achievable in this Convention. As I noted, some parts are fairly non-controversial, and could be widely accepted with a relatively small amount of additional work. Other parts are extremely controversial, and perhaps will never be widely accepted.
I am a firm believer that the perfect often is the enemy of the good. Rather than continue to search for solutions to unresolvable problems, the Conference should identify and eliminate the intractable provisions, and then concentrate its energy over the coming months on reaching agreement on what remains. Only by proceeding in this manner can the Conference realistically hope to achieve a ratifiable Convention in the near future.
Based on the discussions to date, I believe that there is sufficient consensus with respect to Chapters I, III, and IV to continue detailed negotiations on their language. Significantly, Chapter III concerns recognition and enforcement of foreign judgments. Unfortunately, Chapter II, dealing with jurisdiction, is far more problematic. Within Chapter II, I believe that further negotiations are likely to be fruitful with respect to Articles 3, 4, 5, 6, and 18. While Articles 3, 4, and 5 are close to completion, much work remains on Article 6, covering contracts, and the so-called black list of Article 18.
Some may say that a Convention limited in this manner will be of little utility. I strongly disagree. First, the provisions on enforcement of foreign judgments will promote international trade by ensuring that parties have effective recourse against international trading partners. Similarly, Articles 3 through 6 will promote confidence in business to business transactions, which are becoming increasingly important in the Internet environment. In particular, Article 4 will encourage parties to "B2B" transactions to employ choice of forum clauses. Further, clarification of the relationship between Articles 1 and 4 could encourage the use of alternative dispute resolution mechanisms, especially in the B2B context. The black list of Article 18 will eliminate some forms of "exorbitant jurisdiction", which discourage small businesses from engaging in international transactions for fear that they will be sued in foreign courts.
In conclusion, I thank you for your hard work to this point, and urge you to realistically assess what is achievable so that this hard work does not go to waste.
Thank you very much for your attention.

No 16 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 1

1 The Convention applies to civil and commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or other administrative matters. Administrative matters include matters in which a government or other public authority acts in its regulatory capacity (*jure imperii*) and not in a way in which also a private person could act (*jure gestionis*).

No 17 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 4 Choice of court

1 If the parties have agreed that a court or courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, provided they have subject matter jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.

2 [...]

3 The substantive validity of an agreement conferring jurisdiction shall be determined in accordance with the applicable law as designated by the choice of law rules of the forum.

4 The parties cannot be deprived of the right to enter into agreements conferring jurisdiction. However, such agreements and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12.

Doc.trav./Work.Docs Nos 12-17

Documents de travail Nos 18 à 28

Working Documents Nos 18 to 28

Distribués le vendredi 8 juin 2001

Distributed on Friday 8 June 2001

No 18 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 4

Add to end of paragraph 1:

Whether such an agreement is invalid for lack of consent (for example, due to fraud or duress) or incapacity shall depend on national law including its rules of private international law.

No 19 – Proposition du Groupe de travail informel sur l'article 5 – Proposal of the Informal Working Group on Article 5

Article 5 Comparution du défendeur

1 Sous réserve de l'article 12, si le demandeur introduit une action qui est exprimée à être fondée sur un ou plusieurs des articles [3 à 16], et sur aucun autre chef de compétence prévu par le droit national, le tribunal est compétent si le défendeur procède au fond sans contester la compétence.

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

Article 4 Élection de for

Ajouter le suivant:

2A Si un défendeur accepte expressément la compétence devant un tribunal, ce tribunal est compétent.

* * *

Article 5 Appearance by the defendant

1 Subject to Article 12, if the plaintiff brings proceedings which are expressed to be based on one or more of Articles [3 to 16], and not on any other ground of jurisdiction provided for under national law, the court has jurisdiction if the defendant proceeds on the merits without contesting jurisdiction.

2 The defendant has the right to contest jurisdiction no later than at the time of the first defence on the merits.

Article 4 Choice of court

Add the following:

2A Where a defendant expressly accepts jurisdiction before a court, that court shall have jurisdiction.

No 20 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 6 Compétence en matière de contrats (nouveau)

1 Sous réserve des dispositions des articles 7 et 8, le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur a exercé des activités fréquentes ou significatives dans le but de promouvoir la conclusion de contrats, de conduire des pourparlers ayant abouti à la conclusion du contrat ou d'exécuter le contrat, pourvu que l'action soit fondée sur un contrat directement lié à ces activités.

2 Au sens du paragraphe précédent:

a) les activités fréquentes ou significatives ayant pour but de promouvoir la conclusion de contrats implique la promotion de l'entreprise commerciale ou professionnelle du défendeur;

b) l'activité ayant pour objet les pourparlers en vue de la conclusion du contrat implique que des démarches fréquentes ou significatives ayant entraîné la conclusion du contrat ont eu lieu dans cet État, incluant la participation et la présence du défendeur;

c) l'activité tendant à l'exécution du contrat comprend des situations dans lesquelles:

– en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie significative;
– en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie significative.

3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque:

a) le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter la conclusion d'un contrat ou d'exécuter une obligation dans cet État;

b) la seule activité pertinente consiste en un paiement d'une somme d'argent, sauf si une telle obligation incombe à chacune des parties, tels les contrats de prêt ou de vente et d'achat de devises.

* * *

Article 6 Contract jurisdiction (new)

1 Subject to the provisions of Articles 7 and 8, a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State in which the defendant has conducted frequent or significant activity for the purpose of soliciting the conclusion of contracts, negotiating or performing the contract, provided that the claim is based on a contract directly related to that activity.

2 Within the meaning of the preceding paragraph –

a) the frequent or significant activity for the purpose of soliciting the conclusion of contracts involves the promotion of the commercial or professional ventures of the defendant;

b) the activity for the purpose of negotiating the conclusion of the contract means that frequent or significant steps which led to such conclusion had been taken in that State, including the defendant's participation and presence;

c) the activity for the purpose of performing the contract includes situations where –

– in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in significant part;

– in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in significant part.

3 The preceding paragraphs do not apply to situations where –

a) the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into a contract or performing an obligation in that State;

b) the sole relevant activity is the payment of money provided that this exclusion shall not apply where the performance required from each party consists of the payment of money, such as a loan or a contract for the purchase and sale of currency.

No 21 – Proposition des délégations du Royaume-Uni et de la Suisse – Proposal of the delegations of the United Kingdom and Switzerland

Article 4 Élection de for (para. 2)

2 Une telle convention au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue [*biffer* « ou confirmée »] :

a) par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

b) verbalement et confirmé par écrit ou par un tel autre moyen de communication ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties ;

d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

* * *

Article 4 Choice of court (para. 2)

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into [*delete* "or confirmed"] –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and confirmed in writing or by any such other means of communication;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

No 22 – Proposal of the delegation of the Republic of Korea

Article 16 Third party claims

Delete.

Note:

Jurisdiction for an action on a warranty or guarantee against a third party should be a "permitted basis of jurisdiction" rather than a "required basis of jurisdiction". However, Article 24 of the preliminary draft Convention provides that "[t]his Chapter shall not apply to judgments based on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17", and does not refer to Article 16 (Third party claims). This appears to suggest that the ground of jurisdiction under national law, which approves jurisdiction for an action on a warranty or guarantee against a third party based upon the jurisdiction for the original proceedings against the defendant, is elevated to the ground of jurisdiction under the Convention. We believe that this cannot be justified, as it is against the basic principle of the Convention that direct and indirect jurisdiction should be determined by the same rules. In addition, from the practical point of view, this might not be acceptable to many countries including the Republic of Korea where such an action is not permitted under their domestic laws.

No 23 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Delete Article 5 and replace with the following:

In Article 27(1), add "Subject to Article 27A," *at the beginning.*

Insert a new Article 27A:

Article 27A

1 If, in the original proceedings –

a) the plaintiff claimed that the court had jurisdiction on one of the grounds specified in Articles [white list];

b) the court took jurisdiction on that ground; and

c) the defendant contested the merits without contesting that jurisdiction

the defendant shall, in proceedings to recognise or enforce that judgment, be precluded from contesting that the court had such jurisdiction.

2 This Article shall not apply if another court had exclusive jurisdiction under Article 12.

No 24 – Proposition du Groupe de travail informel sur la concurrence – Proposal of the Informal Working Group on Anti-trust

Article 1(2)

2 The Convention does not apply to –

[...]

j) anti-trust or competition claims.

Doc.trav./Work.Docs Nos 18-28

Note:

The Working Group agreed that the paragraph should probably:
– exclude cartels, monopolisation, abuse of market dominance, horizontal or vertical restraints, mergers and acquisitions, price fixing or price discrimination,
*– but not exclude misleading and deceptive practices and intellectual property (*e.g., *passing off) matters.*
Some members of the group could not agree to a specific list without further consultations with anti-trust / competition experts.
Consideration will need to be given to whether it is necessary or desirable to add express words making some or all of these inclusions and exclusions explicitly or whether this can be covered by a statement in the Report.
The group therefore proposes the words "anti-trust or competition claims" as a place marker for the time being.

No 25 – Proposal of the delegations of the Republic of Korea and Japan

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

[...]

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such way as to enable him to arrange for his defence, or was not notified in conformity with the applicable [rules of law of the State where such notification took place] [international convention to which the State where such notification took place is a Party].

Note:

With regard to the first option, in many cases "the State where such notification took place" coincides with the State addressed, that is, the State which is to decide recognition or enforcement of a foreign judgment. According to Korean and Japanese case law, a foreign judgment is not recognised on the ground that the service of process to a defendant took place in a manner not consistent with Korean or Japanese law.
The second option makes this kind of ground narrower by limiting the ground for refusal to the cases where the applicable international convention was violated. For example, the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters *specifies certain ways to be followed. And, some State Parties made reservations as to certain kinds of method. Should there be no such ground of refusal of recognition and enforcement as above, any violation against such Convention rules cannot be effectively sanctioned.*

No 26 - Proposition des délégations de la Belgique, de la France, de l'Irlande et du Luxembourg – Proposal of the delegations of Belgium, France, Ireland and Luxembourg

Article 12 Compétences exclusives

1 Si l'action porte sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé sont seuls compétents, sauf si, en matière de baux d'immeubles conclus pour une durée maximum de six mois, le locataire a sa résidence habituelle ou son siège en dehors de cet État.

Note :

Cet amendement tend à réduire le domaine de l'exception que prévoit l'avant-projet de Convention en ce qui concerne les baux. Les raisons sont les suivantes :
Dans les systèmes juridiques de droit civil, les droits réels (droit d'une personne directement sur une chose) sont définis de façon stricte et limitative (propriété, usufruit, etc.). À côté de ces droits il existe des baux qui, sans créer à proprement parler un droit réel au profit du locataire, confèrent cependant à ce dernier des prérogatives équivalentes à celle d'un propriétaire, notamment en ce qui concerne la stabilité dans les lieux (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux).
Ces baux sont très souvent soumis à des règles d'ordre public qui, d'une part, protègent le locataire, d'autre part, assurent la mise en œuvre de politiques publiques essentielles en matière de logement, de commerce et d'agriculture ou d'aménagement du territoire[1].
Or, la réglementation de ces baux, qui est impérative, est étroitement liée à des facteurs locaux, notamment en ce qui concerne la fixation du loyer, laquelle dépend du marché local.
En conséquence, il paraît approprié, pour des raisons liées tant à la finalité qu'au contenu de la réglementation, que ce soit le juge du lieu de situation du bien qui l'applique.
Dans ces conditions, la résidence du locataire dans un État différent de celui du lieu de situation du bien ne constitue pas un critère suffisant pour soustraire ces baux à la juridiction du lieu de situation de l'immeuble. Encore faut-il que le bail soit de courte durée, ce qui constitue le signe d'un bail non soumis à une réglementation.
C'est pourquoi il paraît justifié de limiter l'exception aux baux de courte durée, afin de parvenir, pour les raisons ci-dessus exposées, à un résultat équivalent pour tous les États, quel que soit leur système juridique en matière de droit immobilier.

* * *

Article 12 Exclusive jurisdiction

1 In proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property, the courts of the Contracting State in which the property is located have exclusive jurisdiction, unless in proceedings which have as their object tenancies of immovable property concluded for a maximum period of six months, the tenant is habitually resident in another State.

Note:

The purpose of this amendment is to reduce the scope of the exception laid down by the preliminary draft Convention regarding tenancies in immovable property. The reasons are:
In civil law systems, the rights in rem *(rights belonging to a person or an entity over* rem *property) are strictly and limitatively defined. In addition to these rights, tenancies in immovable property exist which, without creating a right* in rem *for the tenant, nevertheless give him the same powers as if he were the owner of the property, especially regarding the right to stay in the place (housing tenancies, trading tenancies, tenancies for farmers).*
These tenancies contracts are often submitted to public policy rules which, on the one hand, aim at the protection of the tenant, and on the other hand represent the expression of

[1] Voir le Rapport Nygh / Pocar (Doc. prél. No 11 d'août 2000, ci-dessus p. 206 du présent tome), aux Nos 163 et s.

fundamental public policies in the fields of housing, trade, agriculture and land development.[1]
Furthermore, the regulations concerning these tenancies contracts, which are mandatory, are closely linked to local factors, in particular for rent fixing, which depends on the local market.
Therefore, it is appropriate, for reasons linked to the necessity of the implementation of these policies, that the judge of the location of the immovable property has jurisdiction to apply these rules.
Consequently, the residence of the tenant in a State other than the State where the immovable property is located is not sufficient to elude the exclusive jurisdiction of the courts of the situation of the immovable property.
This is the reason why it is necessary to make an exception only for tenancies contracts concluded for a short period, in order to obtain an equivalent situation for all regarding States without regard to their legal system in matters of rights in rem.

No 27 – Rapport du Groupe de travail informel sur les clauses relatives au for dans les contrats entre professionnels – Report of the Informal Working Group on Forum Clauses in B2B Contracts

(Ce document est remplacé par le Document de travail No 28 / This document was replaced by Working Document No 28)

No 28 – Rapport du Groupe de travail informel sur les clauses relatives au for dans les contrats entre professionnels – Report of the Informal Working Group on Forum Clauses in B2B Contracts

(Ce document remplace le Document de travail No 27 / This document replaces Working Document No 27)

[1] See the Nygh / Pocar Report (Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome), at Nos 163 *et seq.*

Under what conditions will a forum clause in a B2B contract give rise to (exclusive) jurisdiction in the designated court? Do we look to the Convention or to national law to specify those conditions?

Issue	Current draft looks to:	For discussion: what should the Convention look to?
Formal validity	Convention – Art. 4(2)	Convention – Art. 4(2) [with some redrafting]
Effectiveness / reality of consent (including questions of fraud, duress, capacity, unconscionability)	National law (including conflict of laws rules)	National law (including conflict of laws rules)
The permissibility of forum clauses in particular classes of contract (*e.g.*, agency contracts, franchise contracts)	Convention – national law cannot provide for forum clauses in particular classes of contract to be invalid	It should not be possible for national law to invalidate forum clauses on any or all of these grounds without limit. The group focused on whether and to what extent the Convention should provide for courts to decline to give effect to forum clauses in exceptional cases (by reference to a standard in the Convention or by reference to national law): – on public policy grounds – on grounds of unfairness or unreasonableness
The permissibility of forum clauses entered into by certain classes of party (*e.g.*, SMEs)	Convention – national law cannot provide for forum clauses entered into by particular classes of party to be invalid	
Fairness / reasonableness of choice of court clauses	Some uncertainty whether Convention looks to national law, or precludes a challenge on this basis	
Other public policy issues	Some uncertainty whether Convention looks to national law, or precludes a challenge on this basis	

Distribués le samedi 9 juin 2001

Distributed on Saturday 9 June 2001

No 29 – Proposal of the delegation of the Republic of Korea

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and either the dispute or the defendant.

2 [...]

e) the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, whether or not through a branch, agency or any other establishment of the defendant, except where the dispute is directly related to those activities.

No 30 – Proposition de la délégation de la France – Proposal of the delegation of France

Article 18, paragraphe 3

Proposition rédactionnelle

3 Cet article n'exclut pas qu'un tribunal d'un État contractant exerce sa compétence, en vertu du droit national, dans le cadre d'une action en réparation fondée sur un comportement qui constitue :

a) un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ; ou

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

Cet alinéa *b)* ne s'applique que si la partie demandant réparation est exposée au risque d'un déni de justice au motif qu'une procédure dans un autre État se révèle impossible ou qu'il ne peut être raisonnablement exigé qu'elle y soit introduite.

Note :

Cette proposition rédactionnelle vise à préciser la portée de l'exception aux règles de compétences interdites. En effet, cette exception en faveur de l'indemnisation des victimes ne doit jouer que dans certains cas bien précis ; elle ne doit pas remettre en cause le principe des compétences interdites. Or, les dispositions figurant à l'alinéa c) *de la variante No 1 ne sont pas suffisamment précises pour être acceptées. En effet, que doit-on entendre par « une grave violation des droits fondamentaux inaliénables de la personne reconnus par le droit international » ? Par ailleurs, cette exception ne saurait jouer dès lors que le demandeur se contenterait d'alléguer une grave violation des droits de l'homme. En revanche, on pourrait retenir à la fois la dérogation prévue à la variante No 1 sous l'alinéa* a) *et celle de la variante No 2. Ces dérogations sont suffisamment précises et elles concernent les victimes de faits particulièrement graves.*
En ce qui concerne les victimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, il est nécessaire d'éviter qu'elles soient également victimes d'un déni de justice. En ce qui concerne la définition de ces crimes de droit humanitaire, il est difficile pour le moment de renvoyer au Statut de la Cour pénale internationale, qui n'est pas encore entré en vigueur. Tous les États membres de la Conférence de La Haye n'y sont pas Parties et ne le seront pas nécessairement, tandis que certains sont Parties à des Conventions comportant une définition des crimes de guerre et de génocide (Convention de 1948 sur la prévention et la répression du génocide ; Conventions de Genève du 12 août 1949 sur les crimes de guerre).
En ce qui concerne la variante No 2, elle permet aux victimes d'engager leur action civile en réparation dans le cadre de l'exercice de l'action pénale. Cette dérogation présente des avantages évidents pour les victimes tout en étant précisément encadrée.

* * *

Article 18, paragraph 3

Drafting proposal

3 Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action claiming damages in respect of conduct which constitutes:

a) genocide, a crime against humanity or a war crime; or

b) a serious crime under international law, provided that this State has established its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a Party and that claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injuries arising from that crime.

This sub-paragraph *b)* only applies if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.

Note:

The purpose of this proposal is to specify the scope of the exception to the prohibited grounds of jurisdiction. Indeed, this exception in favour of the victim claiming damage for the harm suffered should only operate in specific circumstances – this exception should not empty the principle of prohibited grounds of jurisdiction. The provisions expressed under Variant One, sub-paragraph c), *do not fulfil this requirement. Indeed, what does the expression "a grave violation against a natural person of non-derogable fundamental rights" mean? Moreover, this exception will not operate when the plaintiff simply alleges to be the victim of a grave violation of human rights. However, we could accept to combine the two derogations expressed under Variant One, sub-paragraph* a), *and Variant Two. These exceptions are sufficiently precise; they concern victims of particularly grave violations.*
For the victims of genocide, crimes against humanity or war crimes, it is necessary to avoid that they are victims of denial of justice. As far as the definition of those violations of

Doc.trav./Work.Docs Nos 29-34

humanitarian law, it is difficult, for the time being, to refer to the Statute of the International Criminal Court, which is not yet in force. Furthermore, all the Hague Conference Member States are not and will not necessarily be Parties to the Statute of the International Criminal Court. On the contrary, some Hague States are Parties to Conventions which provide a definition of genocide and war crimes (the 1948 Convention on the prevention and repression of genocide, the four 1949 Geneva Conventions on war crimes).
As for Variant Two, it allows victims to bring a claim for damages as part of the criminal proceedings. This exception is very useful for the victim, while being precisely defined.

No 31 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 10 Délits (para. 1)

1 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission ayant causé le dommage,

b) dans lequel la personne dont la responsabilité est invoquée a exercé l'activité ayant causé le dommage ; ou

c) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte, l'activité ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État.

* * *

Article 10 Jurisdiction for torts or delicts (para. 1)

1 A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused the injury occurred;

b) in which the person claimed to be responsible conducted the activity which caused the injury; or

c) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act, activity or omission could result in an injury of the same nature in that State.

No 32 – Proposal of the Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle (FICPI)

Article 36A The application of the Convention to electronic commerce

1 It is the intention of the Convention to have full application of its provisions to electronic commerce ("e-commerce") in any form, provided that the flow of e-commerce is recognised to be free flowing for its commercial usefulness and value.

2 In order to confirm that there will be no impediment to this necessary flow of commerce, this Convention excludes any recognition or enforcement provisions as concerns those entities that provide the services, systems or networks by which e-commerce is provided to commercial users. It is only if those commercial users, in their capacity as business-to-business or business-to-consumer parties, engage in commerce that they will be subject to the Convention, as traditionally has been the case before the advent of e-commerce.

No 33 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

~~1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and the dispute.~~

2 ~~In particular,~~ Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis ~~solely of one or more~~ of the following –

a) the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;

b) the nationality of the plaintiff;

c) the nationality of the defendant;

d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that State;

~~*e) the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, except where the dispute is directly related to those activities;*~~

f) the service of a writ upon the defendant in that State;

~~*g) the unilateral designation of the forum by the plaintiff;*~~

h) initiation of proceedings in that State by the party against whom jurisdiction is claimed, for the purpose of recognising or enforcing a judgment from another State ~~proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings~~;

~~*i) the temporary residence or presence of the defendant in that State;*~~

~~*j) the signing in that State of the contract from which the dispute arises.*~~

3 [...]

Rationale:

The problem with this Article is not simply a matter of drafting but goes to the core of what this Convention is all about. The basic concept of a mixed convention is that there be a limited number of jurisdictional bases so universally accepted that they exist on the white list, a limited number of jurisdictional bases so universally disapproved of that they exist on the black list and everything else remains in the grey area. We suggest a return to this basic structure with the deletion of paragraph 1.
Deletion of Article 18(2) e): General doing business jurisdiction is a fundamental concept to all American lawyers and is inherently grounded in fairness. When a person purposefully avails himself in a substantial way of the business opportunities present in a forum – whether or not this is manifested in a physical establishment – he should be available to answer for any claims against him.

Deletion of Article 18(2) g)*: We are uncertain of the purpose of this provision. In addition, this sub-paragraph may be construed as conflicting with Article 4(2)* c) *and* d)*, which establishes a white list ground for jurisdiction in which an agreement is entered into according to customary usage. For example, a unilateral stipulation in an invoice or other document may, as a matter of customary usage or common practice in a particular trade, constitute an agreement between two parties.*
Revision of Article 18(2) h)*: This provision was difficult to understand as originally worded in the 1999 preliminary draft Convention. It is hoped that the revision is more clearly stated.*
Deletion of Article 18(2) i)*: No delegation has as yet indicated that this ground for jurisdiction exists in the laws of any State, and therefore the need for it has not been demonstrated. In addition, this concern is essentially dealt with in Article 18(2)* f) *which prohibits jurisdiction based on service of a writ during the temporary presence of the defendant.*
Deletion of Article 18(2) j)*: No delegation has as yet indicated that this ground for jurisdiction exists in the laws of any State, and therefore the need for it has not been demonstrated. In addition, the signing of a contract is often a part of other activities which may cumulatively rise to the level of activity by the defendant sufficient to justify jurisdiction.*

No 34 – Proposal of the Commercial Internet Exchange (CIX)

The Convention should be modified to make clear that portals, network operators and Internet service providers, and others who are providing Internet services on behalf of third parties, are not subject to jurisdiction for actions arising under Article 10 as described in the proposed language.

To accomplish that the following language should be added to Article 18:

If an action in tort or delict is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose there, those courts shall not have jurisdiction over a defendant who is a service provider, when the service provider's activity in connection with the injury is

a) the transmitting, routing, or providing connections for the material which is alleged to have caused the injury;

b) caching carried out through an automatic process of the material which allegedly caused the injury;

c) the storage at the direction of a user of the material which allegedly caused the injury; or

d) the referring or linking of users to an online location or providing other information location tools containing the material which allegedly caused the injury.

Documents de travail Nos 35 à 54

Working Documents Nos 35 to 54

Distribués le lundi 11 juin 2001

Distributed on Monday 11 June 2001

No 35 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés (para. 2 à 4)

2 Pour être reconnu, le jugement ne doit plus faire l'objet d'un recours ordinaire ou d'un autre moyen de nature à l'empêcher de produire ses effets dans l'État d'origine;

3 Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé aux paragraphes précédents doit être exécutoire dans l'État d'origine.

Supprimer le paragraphe 4 de l'avant-projet de 1999.

* * *

Article 25 Judgments to be recognised or enforced (paras 2-4)

2 In order to be recognised, the judgment must be no longer subject to ordinary forms of review or to any other review preventing the decision to produce its effects in the State of origin;

3 In order to be enforceable, a judgment referred to in the preceding paragraphs must be enforceable in the State of origin.

Paragraph 4 of the 1999 preliminary draft to be deleted.

No 36 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 24 Judgments excluded from Chapter III

This Chapter shall not apply to judgments based solely on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17, and which is not consistent with any basis of jurisdiction provided for in Articles [white list].

Rationale:

This Chapter should (see Article 25(1)) apply to any judgment based on one or more grounds of jurisdiction, so long as any one of those grounds is consistent with a white list basis under the Convention. Without this amendment, Article 24 could be read to exclude from recognition and enforcement under the Convention judgments based on national law but nevertheless consistent with a white list basis of jurisdiction. This occurs because Article 17 of the 1999 preliminary draft (referred to in this Article) defines the requisite category to exclude black list bases of jurisdiction, but (appropriately for

jurisdiction purposes), does not prevent the use of gray area bases along with white list bases. For recognition purposes, Article 24 must apply only to pure gray area judgments.

No 37 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

1 A judgment which is or could have been based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, or which is consistent with any such ground, shall be recognised ~~or~~ and enforced ~~under~~ in accordance with this Chapter.

2 In order to be recognised, a judgment referred to in paragraph 1 must ~~have the effect of res judicata~~ be final in the State of origin.

3 In order to be enforceable, a judgment referred to in paragraph 1 must be enforceable in the State of origin.

4 However, recognition or enforcement may be postponed if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking a review has not expired.

Rationale:

Article 25(1): The amendments made to this provision are wording changes intended to make this Article consistent with the language of Article 24.
Article 25(2): The amendment to paragraph 2 replaces the term res judicata, *which is interpreted differently in different States. Note that deletion of the term* res judicata *will require a conforming deletion of the same term in Article 29.*

No 38 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused only if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court of the State addressed, if first seised in accordance with Article 21;

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed;

c) the ~~judgment results from~~ proceedings in the State of origin were incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed, including the right of each party to be heard by an impartial and independent court;

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence;

e) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.

Rationale:

The insertion of "only" in the chapeau makes clear that this is the exclusive list of grounds for refusal for recognition or enforcement.
The amendment to sub-paragraph c) *is simply intended to clarify the English version of this provision.*

No 39 – Proposal of the delegation of Japan

Article 25(4)

However, recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking a review has not expired.

Note:

The main purpose of this Article should be to provide that Contracting States are not obliged to recognise or enforce foreign judgments under the circumstances as described in this Article. Whether the court addressed should postpone or refuse the recognition or enforcement in these circumstances would be better left to national law.

No 40 – Proposal of the delegation of Japan

Article 31

No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses for the procedure of Article 30 shall be required by reason only that the applicant is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

Note:

This Article as adopted by the Special Commission contains a rather general statement concerning costs or expenses. The amendment as suggested above is intended to clarify the scope of this Article without changing the substance.

No 41 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 29 Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) for recognition purposes, all documents required to establish that the judgment is ~~*res judicata*~~ final in the State of origin ~~or, as the case may be, is enforceable in that State~~;

d) for enforcement purposes, all documents required to establish that the judgment is enforceable in the State of origin;

~~*d*~~*e)* if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 No legalisation or similar formality may be required.

3 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Rationale:

The changes made to paragraph 1 are intended to conform to amendments offered to Article 25, replacing the term res judicata.

No 42 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 30 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. The court addressed shall act in accordance with the most rapid procedure available under local law ~~expeditiously~~.

Rationale:

The Nygh / Pocar Report (No 355) states that: "[Article 30] obliges Contracting States to use, for the purposes of recognition, declarations of enforceability and enforcement, the most rapid procedure they possess in their national law [...]." This language incorporates the concept of national treatment in the procedural requirement. The above draft attempts to express this sentiment expressly in the text of the Convention.

No 43 – Proposal of the delegation of the United States of America

~~*Article 32 Legal aid*~~

~~Natural persons habitually resident in a Contracting State shall be entitled, in proceedings for recognition or enforcement, to legal aid under the same conditions as apply to persons habitually resident in the requested State.~~

Rationale:

This Article raises constitutional concerns for the United States of America and could pose an impossible obstacle to the Convention's ratification.

No 44 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée si :

– la décision a été rendue au mépris d'une convention d'arbitrage valable selon la loi de l'État requis ou si elle est inconciliable avec une sentence arbitrale rendue dans l'État requis ou réunissant les conditions de sa reconnaissance ou de son exécution dans cet État.

* * *

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

– the decision has been rendered in defiance of an arbitration agreement which is valid under the laws of the State addressed or if it is irreconcilable with an arbitral award rendered in the State addressed or capable of recognition or enforcement in that State.

No 45 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 26 Judgments not to be recognised or enforced

1 A judgment based on a ground of jurisdiction which conflicts with Articles 4, 5, 7, 8 or 12, or whose application is prohibited by virtue of Article 18, shall not be recognised or enforced.

2 A judgment shall not be recognised or enforced if the assumption of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement binding on the parties, unless the defendant contested the merits in that court without invoking the agreement.

Doc.trav./Work.Docs Nos 35-54

No 46 – Proposal of the delegation of the United States of America

Annex to the Convention
Forms

FORM A

CONFIRMATION OF JUDGMENT

(Sample form confirming the issuance of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN) .....

(TEL. / FAX / E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(PLAINTIFF)

Case / Docket Number:

v.

(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE, COUNTRY), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).[1]

This Court based its jurisdiction over the defendant(s):

1 on the following Article, or Articles of the Convention, as implemented under the law governing the proceedings of this Court; or

.....
.....

2 on the following ground of jurisdiction provided for by national law:[2]

.....
.....

This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following findings of fact *(If the findings of fact are stated in the judgment or accompanying decision, indicate the relevant passages of the judgment and the decision)*:[3]

.....
.....
.....
.....

This Court awarded the following amount of money damages

.....
.....

This Court awarded interest as follows *(Please specify the rate of interest, the portion of the damages to which interest applies, and the date from which interest is computed)*:

.....
.....

This Court included within the ~~total award of damages~~ judgment the following court costs and expenses related to the proceedings ~~or attorneys fees~~ (including attorneys fees) *(Please specify the amounts of such awards)*:[4]

.....
.....
.....
.....
.....

[1] Art. 29(1) *a)*.
[2] Art. 27(1) – The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.
[3] Art. 27(2) – The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[4] Art. 23 – Judgment includes "the determination of costs or expenses by an officer of the court".

This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

This judgment was rendered by default:

YES _____ NO _____

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)[5, 6]

This judgment (or some part thereof) is currently the subject of review in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[7]

YES _____ NO _____

This judgment (or some part thereof) is presently enforceable in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[8]

YES _____ NO _____

List of documents:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Dated this ..... day of ....., 20 ...

.....

Signature and / or stamp

[5] Art. 27(2) – If the judgment was by default, then the Court being addressed by this form is not bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[6] Art. 29(1) *b)*.
[7] Art. 25(4).
[8] Art. 25(3).

No 47 – Proposition de la délégation de l'Allemagne – Proposal of the delegation of Germany

Article 25

[...]

3 Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé au paragraphe premier doit posséder l'autorité de la chose jugée et être exécutoire dans l'État d'origine.

* * *

Article 25

[...]

3 In order to be enforceable, a judgment referred to in paragraph 1 must have the effect of *res judicata* and be enforceable in the State of origin.

No 48 – Proposition des délégations de l'Australie et de la Chine – Proposal of the delegations of Australia and China

Bilateralisation

Article 42

La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-neuvième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

Tout autre État pourra adhérer à la Convention.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument d'adhésion.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérant et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration devra également être faite par tout État membre ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.

La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérant et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de la déclaration d'acceptation.

* * *

Article 42

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Nineteenth Session.

It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

Any other State may accede to the Convention.

The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of accession.

The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration will also have to be made by any Member State ratifying, accepting or approving the Convention after an accession. Such declaration shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.

The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the first day of the third calendar month after the deposit of the declaration of acceptance.

No 49 – Proposition de la délégation de l'Allemagne – Proposal of the delegation of Germany

Article 30 Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. La loi de l'État requis doit au moins prévoir un recours par rapport à l'exequatur ou l'enregistrement aux fins de l'exécution. Le tribunal requis agira rapidement.

* * *

Article 30 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. The law of the State addressed must provide for the possibility to appeal against the declaration of enforceability or registration for enforcement. The court addressed shall act expeditiously.

No 50 – Proposal of the International Association of Democratic Lawyers (IADL)

This document first points out some shortcomings in Working Document No 30 that, because of the late hour at which that document was discussed in Plenary Session on 9 June, were not adequately brought to the attention of the delegates. Part II suggests specific improvements to the approach of Working Document No 30.

I RESPONSE TO WORKING DOCUMENT NO 30

If the intention of the delegates is, at a minimum, to preserve the status quo as to jurisdiction in current international human rights litigation, it falls far short of that goal. Working Document No 30, for example, would cut back on legislative and judicial developments in, inter alia, *Belgium, Canada, and the United States of America, as follows:*

Sub-paragraph b)

SERIOUS CRIME UNDER INTERNATIONAL LAW

What is a serious crime under international law? Are there crimes under international law that are not serious? What makes an international offence a crime? Under Working Document No 30, does there need to be a treaty stating that the offence is criminal and that any nation may punish it? What about offences such as piracy that acquired the status of an international crime by way of customary law?
These questions are meant to point out that Working Document No 30 still has the central defects that were present in Variant Two of the 1999 text: international criminal law is a relatively new field, largely born in the past decade. Older treaties (such as the conventions barring genocide, slavery, and other offences) and customary rules did not label offences as "crimes" per se.
Rather than use the language of "serious crime under international law", it makes more sense to use the concept of universal jurisdiction, a concept that is clearer in its meaning and that has both criminal and civil application. See Part II, below.

ESTABLISHED CRIMINAL JURISDICTION

There are several flaws in this sub-paragraph that would make it extremely difficult for grave human rights claims to be brought. For example, why the requirement that the State already have "established its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a Party"? What does it mean for a State to have "established its criminal jurisdiction over that crime"?[1] *Does this mean that the State must already have brought a criminal prosecution for that specific alleged crime? Or does it mean that the State must have enacted national laws criminalising that type of conduct? Neither requirement makes much sense. What matters is that the offence is one universally condemned under international law. If a State's approach to complying with such universally condemned behaviour is to extradite offenders (rather than permit domestic criminal prosecutions) but to permit victims to bring civil actions in the State's national courts, the present treaty should not stand in the way. The international community treats the offence as a crime; it should not matter whether any particular country also does so.*

TREATY REQUIREMENT

Similarly, there is no justification for permitting actions to go forward under Article 18(3) only if the behaviour is made criminal by a treaty and only if the State is a Party to that treaty. Such a requirement essentially ignores the importance of customary international law. For example, this approach would seem to forget that torture was an offence under customary international law long before the 1984 Torture Convention.

BODILY INJURIES

For many victims of torture or rape, psychological and emotional injures are more severe and lasting than physical injuries. Why does Working Document No 30 limit relief to damages only for "bodily injuries"? There is no such limitation for tort damages under Article 10 or for actions brought under any other provision of the proposed Convention. So why limit damages in this respect only for human rights victims? Why can people injured in automobile accidents recover for psychological injuries, but people subjected to forced labour or sterilisation cannot?

DENIAL OF JUSTICE REQUIREMENT

The party seeking relief should not need to show that he or she is exposed to a risk of a denial of justice. The rationale behind universal jurisdiction is that some offences are so extreme or such a threat to the international community as a whole, that any nation may take civil or criminal action against them, and that when it does so, it is acting on behalf of the international community, rather than on behalf of its own national interests.
At a bare minimum, under any denial of justice requirement, the plaintiff should not have the burden of showing that he or she cannot reasonably be required to bring the action elsewhere. Rather, the burden of proving that a white list forum is available should be on the defendant.

WORKING DOCUMENT NO 30'S EXPLANATORY NOTE

The fifth sentence of the explanatory note of Working Document No 30 contains the following: "Moreover, this exception will not operate when the plaintiff simply alleges to be the victim of a grave violation of human rights."
*This sentence is puzzling. Is it intended to imply that human rights plaintiffs must do something more than allege a grave human rights violation in order to gain access to court? Must human rights plaintiffs somehow prove their case before a national court can hear their civil claim? Must there already have been a criminal proceeding establishing the guilt of the defendant? If this is the intent of this sentence, it is totally unacceptable. This approach would be contrary to the entire framework of the proposed Convention. For every other type of action contemplated by the Convention, the plaintiff need merely allege a violation of substantive law (*e.g., *breach of contract) in order to get into court and have a chance to prove that claim.*

II PROPOSED REVISIONS TO WORKING DOCUMENT NO 30

IADL suggests that Working Document No 30 be reformulated so as to incorporate the concept of universal jurisdiction, a concept that is clearer and more amenable to a civil litigation treaty than the term "serious crime under international law". Our proposed revision is as follows:

Article 18, paragraph 3

3 Nothing in this Convention shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action seeking relief – whether final or preliminary – with respect to an alleged act or omission that would constitute –

a) genocide, a crime against humanity, or a war crime[, as these are defined in the Statute of the International Criminal Court]; or

b) any other violation of human rights or humanitarian law for which the courts of the State addressed could, at the time that suit is brought, exercise universal jurisdiction consistent with international law; or

c) participation in a conspiracy to commit or an attempt to commit a violation of any of the offences enumerated in *a)* or *b)*, above, or

[1] The French text states: "*exerce sa compétence*".

d) aiding and abetting or inciting others to commit a violation of any of the offences enumerated in *a)* or *b)*, above, or

e) otherwise acting as an accessory to any of the offences enumerated in *a)* or *b)*, above.

No 51 – Proposal of the delegation of China

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

[...]

~~*e)* the judgment results from proceedings incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed, including the right of each party to be heard by an impartial and independent court;~~

Note:

(1) Leaving the impartiality and independence of the court of origin to be verified by the court addressed is extremely problematic both in a technical and political sense and runs counter to the aim and purpose of this Convention. It would encourage the unwarranted and ungrounded attack on the impartiality and independence of the court of origin by the losing party in a desperate attempt to delay the recognition and enforcement and put the court addressed in a highly difficult position to verify without the possibility of testing the evidence. More importantly, it would wholly defeat the mutual trust and confidence among the courts of the Contracting States, which are indispensable for the successful implementation of the Convention.
(2) Reference to fundamental principles of procedure in this paragraph appears to be redundant having regard to the subsequent sub-paragraphs d), e) *and* f), *which have provided sufficient control on fundamental procedural issues either in specific or general ways.*

No 52 – Proposition du Groupe de travail sur l'arbitrage – Proposal of the Working Group on Arbitration

Article premier

Supprimer l'alinéa g) *du paragraphe 2.*

Insérer :

2A La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage ni aux procédures y afférentes. Elle n'exige pas d'un État contractant de reconnaître ou d'exécuter un jugement si l'exercice de la compétence par le tribunal d'origine n'était pas conforme à une convention d'arbitrage.

* * *

Article 1

Delete sub-paragraph g) *of paragraph 2.*

Insert:

2A This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise or enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

No 53 – Proposition de la délégation des Pays-Bas – Proposal of the delegation of the Netherlands

Ajouter à l'article 28(1) d) *:*

« à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ».

* * *

Add to Article 28(1) d)*:*

"unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so".

No 54 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 34 Divisibilité

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

2 · Lorsque la reconnaissance, l'exequatur, l'enregistrement aux fins d'exécution ou l'exécution ne peut être accordé pour l'ensemble du jugement, l'autorité de l'État requis peut ordonner que la reconnaissance, l'exequatur, l'enregistrement aux fins d'exécution ou l'exécution soit accordé pour une partie du jugement.

* * *

Article 34 Severability

1 If the judgment contains elements which are severable, one or more of them may be separately recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.

2 Where the full content of the judgment cannot be recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced, the authority of the State addressed may order that a part of the judgment only be recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.

Doc.trav./Work.Docs Nos 35-54

Documents de travail Nos 55 à 62

Working Documents Nos 55 to 62

Distribués le mardi 12 juin 2001

Distributed on Tuesday 12 June 2001

No 55 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 33 Dommages et intérêts

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

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

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

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

* * *

Article 33 Damages

1 In so far as a judgment awards non-compensatory, including exemplary or punitive, damages, it shall be recognised and enforced at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed.

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the State addressed in the same circumstances, including those existing in the State of origin.

3 In applying paragraph 1 or 2, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

No 56 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

[...]

4 Lorsque le tribunal décide de surseoir à statuer en vertu du paragraphe premier, il peut exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Toutefois, le tribunal doit exiger une telle caution si l'autre tribunal est compétent seulement en vertu de l'article 17 ou s'il se trouve dans un État non contractant[1], sauf si le défendeur établit qu'il existe suffisamment de biens dans l'État de cet autre tribunal ou dans un autre État où la décision serait susceptible d'être exécutée.

[...]

6 Dans des situations non visées par les paragraphes précédents, le tribunal saisi dont la compétence est fondée sur une disposition des articles 3 à 16 ne peut appliquer la doctrine dite du *forum non conveniens* ou un moyen similaire de procédure pour refuser d'exercer sa compétence.

* * *

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

[...]

4 If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17 or if it is in a non-Contracting State,[1] unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.

[...]

6 In situations not referred to in the preceding paragraphs, the court seised and having jurisdiction under Articles 3 to 16 shall not apply the doctrine of *forum non conveniens* or a similar means of procedure for declining jurisdiction.

No 57 – Proposition révisée du Groupe de travail informel sur l'article 5 – Revised Proposal of the Informal Working Group on Article 5

Article 27A Comparution du défendeur

1 Si, devant le tribunal d'origine :

a) le demandeur a introduit une action fondée sur un ou plusieurs des articles [liste blanche], et

b) l'action n'est pas fondée sur un autre chef de compétence prévu par le droit national, et

[1] Cf. Rapport Nygh / Pocar (Doc. prél. No 11 d'août 2000, ci-dessus p. 206 du présent tome), Nos 286 et s.
[1] See the Nygh / Pocar Report (Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome), Nos 286 *et seq.*

c) le tribunal n'a pas décidé qu'il était compétent sous un autre chef de compétence prévu par le droit national, et

d) le défendeur procède au fond sans contester la compétence,

le défendeur ne peut contester devant le tribunal requis la compétence du tribunal d'origine.

2 Cet article ne s'applique pas si les tribunaux d'un État contractant autre que l'État du tribunal d'origine étaient seuls compétents sous l'article 12.

Article 4 Élection de for

Ajouter le suivant :

2A Si un défendeur accepte expressément la compétence devant un tribunal d'un État contractant, et que cette acceptation est par écrit ou peut être prouvée par écrit, ce tribunal est compétent.

Remplacer l'article 5 par le suivant :

Article 5 Droit du défendeur à contester la compétence

Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal en vertu des articles [liste blanche] au plus tard au moment de sa première défense au fond.

* * *

Article 27A Appearance without protest

1 If, in the proceedings before the court of origin, –

a) the plaintiff claimed that the court had jurisdiction on one of the grounds specified in Articles [white list]; and

b) the plaintiff did not claim that the court had jurisdiction on any other ground under national law; and

c) the court did not determine that it had jurisdiction on any other ground under national law; and

d) the defendant proceeded on the merits without contesting jurisdiction,

the defendant shall, in the court addressed, be precluded from contesting the jurisdiction of the court of origin.

2 This Article shall not apply if the courts of a Contracting State other than the State of the court of origin had exclusive jurisdiction under Article 12.

Article 4 Choice of court

Add the following:

2A Where a defendant expressly accepts jurisdiction before a court of a Contracting State, and that acceptance is in writing or evidenced in writing, that court shall have jurisdiction.

Replace Article 5 with the following:

Article 5 Defendant's right to contest jurisdiction

The defendant shall have the right to contest jurisdiction under Articles [white list] no later than at the time of the first defence on the merits.

No 58 – Proposition de la délégation du Royaume-Uni – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 33

1 Il n'est exigé de reconnaître les jugements qui accordent des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, que dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables pourraient être accordés dans l'État requis.

* * *

Article 33

1 Judgments which award non-compensatory, including exemplary or punitive, damages shall be required to be recognised only to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed.

No 59 – Proposal of the International Trademark Association (INTA)

Article 12 Trademark provisions

[...]

4 In proceedings concerning the infringement, validity, abandonment, registration, cancellation, or revocation of a registered mark, or a mark for which an application for registration has been filed, the courts of the Contracting State in which, or for which, the mark was registered, or the application for registration was filed, shall have exclusive jurisdiction.

5 In proceedings concerning the infringement, registration, validity, abandonment, cancellation, or revocation of an unregistered mark, the courts of the contracting State in which rights in the mark arose shall have exclusive jurisdiction.

Article [2A] Definitions

In this Convention the following words and phrases shall have the meanings indicated below –

1 "court" includes any administrative agency or entity empowered to give binding decisions on legal controversies;

2 "court(s) of a Contracting State" includes any international or regional court to the extent to which it replaces the courts of a Contracting State;

3 "judgment" means [*insert definition at present in Article 23*];

4 "proceedings concerning validity" includes proceedings concerning invalidity or nullity.

Rationale:

This proposal is very similar to the proposal produced by the Edinburgh Working Group on Intellectual Property, which seemed to represent something approaching consensus.
"Mark" has been substituted for "trademark" to ensure that service marks also are covered by the provisions. Our understanding is that the clarification would not be required in French. Alternatively, the issue could be covered in a definitional section.
The provisions are drafted in terms of registered and unregistered marks rather than in terms of marks required to be

registered to ensure that marks in States in which rights arise from use are afforded the same benefits as marks in States in which rights arise from registration. The change is consistent also with the Paris Convention, which affords rights to famous marks regardless of registration.
The proposal affords exclusivity in respect of infringement actions because invalidity is the obvious defence to an infringement claim and is almost invariably an issue in infringement cases. There appears to be consensus that the validity of a mark should be determined exclusively by the State in which rights in the mark arose. Since validity is, for practical purposes, inseparable from infringement, it necessarily follows that exclusivity should extend to infringement actions.
The proposal does not include an exception for "incidental questions" for several reasons. First, we have been unable to find a single concrete example of a case in which the validity or infringement of a mark arose as an incidental question. None of the many practitioners we have queried on this point has been able to provide such an example.
Second, the exclusivity proposed is narrow, extending only to proceedings concerning questions of validity or infringement. In the event that personal jurisdiction of an alleged infringer could not be obtained in the State in which rights in the mark at issue arose, the plaintiff could assert claims for unfair competition, passing off, misappropriation, unjust enrichment, or the like under the general tort jurisdiction provisions of the Convention. The proposal does not afford exclusivity to the valuation of marks; wills and succession are excluded from the scope of the Convention. Thus, questions of valuation of marks could be decided by the courts of any State and questions about marks that arise in will contests would not be within the Convention in any event. Ownership questions also could be decided by the courts of any State.
Any registered mark is subject to claims for cancellation, revocation, or nullity in accordance with local law; the question of personal jurisdiction of the mark owner does not arise in the context of such claims. Where rights in unregistered marks are recognised, such rights derive from use. As a result, the courts of the State in which rights in an unregistered mark arose would have personal jurisdiction of the mark owner under specific activity based principles of jurisdiction.
Third, the benefits of an "incidental question" exception are outweighed by its costs. The exception affords an opportunity for evasion of the exclusivity provisions that all seem to agree should obtain in respect of validity of marks.
Fourth, omission of the "incidental question" exception is consistent with principles of sovereignty, comity, and the territorial nature of trademark rights. To allow the courts of one State to determine the validity of trademark rights granted by another State, whether as an incidental question or otherwise, would be in derogation of these principles. As a United States court stated in a leading case, "[I]t is well-established that the courts of one state will not determine the validity of the acts of a foreign sovereign done within its borders." Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co. Ltd., *109 USPQ 438, 447 (2d Cir. 1956) (citations omitted).*

No 60 – Proposition du Groupe de travail informel sur l'article 9 – Proposal of the Informal Working Group on Article 9

Article 9 Succursales [et activité commerciale habituelle]

[...]

2 Aux fins de l'application du paragraphe premier, une entité juridique n'est pas nécessairement une « succursale, agence ou tout autre établissement » du simple fait qu'elle est une filiale du défendeur.

* * *

Article 9 Branches [and regular commercial activity]

1 A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment of the defendant is situated, [or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means,] provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or establishment [or to that regular commercial activity]. ~~The terms "branch, agency or any other establishment" do not apply to a separately incorporated legal entity unless it is acting as an agent or has otherwise failed to remain separate and distinct from its shareholders(s).~~

(Deleted language originally proposed in Work. Doc. No 12.)

2 For the purposes of applying paragraph 1, a legal entity shall not be considered a "branch, agency or other establishment" by the mere fact that the legal entity is a subsidiary of the defendant.

No 61 – Proposition de la délégation de la France – Proposal of the delegation of France

Article 2

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

a) l'article 4 s'applique si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend dès lors que le litige présente un caractère international.

Note :

– *Il résulte de l'article 2(1) de la Convention que ses dispositions relatives à la compétence (chapitre II) s'appliquent devant les tribunaux d'un État contractant (les règles de la Convention se substituent ainsi aux règles de conflit de juridictions de cet État) sauf, notamment, lorsque les deux parties ont leur résidence habituelle dans cet État. Dans ce cas, l'article 4 s'applique dès lors que, précise le texte, les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend.*
Le Rapport Nygh / Pocar indique en outre (No 67) : « La Commission spéciale a rejeté une proposition visant à ajouter aux exigences posées par l'article 2 un critère d'internationalité supplémentaire. Dans l'hypothèse où les parties habituellement résidentes dans un seul État contractant choisissent le tribunal d'un autre État contractant, aucune autre condition n'est exigée. »
L'article 2 permet donc aux parties de soustraire à leur juge naturel, pour le confier à un juge étranger, un litige qui peut être purement interne. Cela ne paraît pas conforme à la position de la doctrine dominante suivant laquelle l'ordre international n'est concerné et par conséquent les règles internationales de conflits applicables, que si le litige présente un caractère international, l'extranéité pouvant découler de la situation des parties – résidence par exemple – ou de l'objet du litige, immeuble situé à l'étranger, contrat conclu ou exécuté à l'étranger, par exemple (cf. notamment H. Gaudemet-Tallon, Les conventions de Bruxelles et Lugano, *1996, Nos 113 et 114). Le droit interne de nombreux États est également dans ce sens. En droit français, par exemple, les clauses prorogeant la compétence internationale ne sont licites que si le litige est international (Cass. civ. 1ère, 17 décembre 1985, aff. SORELEC), or il ne l'est pas du seul fait d'une élection de for en faveur d'un tribunal étranger.*

– *Cet inconvénient est aggravé par l'application de l'article 4(1) qui est interprété par le Rapport comme rendant inapplicables les règles nationales relatives à la licéité de la clause d'élection de for.*
Le Rapport (No 50) indique en effet que : « Malgré la résidence habituelle de toutes les parties dans le même État contractant, le tribunal saisi doit faire application de l'article 4 si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend. » Il ajoute (No 70), s'agissant de la licéité de l'accord : « il n'y a pas lieu de permettre l'interférence de règles nationales posant des conditions sur le caractère licite de l'élection de for ».
– *En conséquence, dans les matières autres que celles visées en application de l'article 4(3), la licéité (prohibition de principe) des clauses d'élection de for au regard du droit interne des États échappe à tout contrôle.*
Cette conséquence est particulièrement regrettable pour des litiges qui ne présentent pas de caractère international.
C'est pourquoi, il est proposé d'introduire un élément d'extranéité du litige à l'article 2(1) a), *étant précisé que cet élément est de fait implicitement contenu dans les cas objet des alinéas* b) *et* c).

* * *

Article 2

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State –

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute if that dispute is of an international nature.

Note:

– *Provisions of Article 2(1) of the Convention concerning jurisdiction (Chapter II) shall be applicable before the courts of a Contracting State (rules of the Convention shall therefore replace national rules on conflicts of jurisdiction of that State), unless, in particular, both parties are habitually resident in that State.*
The Nygh / Pocar Report states (No 67): "The Special Commission did not accept a proposal that there be a requirement of an international connection in addition to any requirement set out in Article 2. In the case where parties habitually resident in the same Contracting State choose the forum of another Contracting State, there is no requirement of any further international connection."
Thus, Article 2 allows the parties to choose a judge who is not their "natural judge" and to submit a purely internal dispute to a foreign court. This is not consistent with the predominant doctrine, according to which international order is not concerned by such internal disputes; consequently, international rules shall only apply to international disputes. The international nature of a dispute may follow from the situation of the parties (e.g., *habitual residence), or from the object of the dispute* (e.g., *immovable property located abroad) (see in particular H. Gaudemet-Tallon,* Les conventions de Bruxelles et Lugano, *1996, Nos 113 and 114). The internal laws of many States are also on the same line. According to French law, an agreement which prorogates international jurisdiction is lawful only if the dispute is of an international nature (Cass. civ. 1st, 17 December 1985,* SORELEC *case), and this international nature does not follow solely from a choice of court clause in favour of a foreign court.*

– *This difficulty is aggravated by Article 4(1). According to the Report, this Article renders the national rules concerning lawfulness of choice of court clauses non-applicable.*
The Report states (No 50): "Even if all the parties are habitually resident in the same Contracting State, the court seised must apply Article 4 if the parties have agreed on a court or courts in another Contracting State to deal with the dispute." It adds, about the lawfulness of the agreement (No 70): "there is no room for national laws imposing conditions on the lawfulness of the choice of forum".
– *Consequently, in matters other than those mentioned in Article 4(3), there is no control on the lawfulness of the choice of court clauses according to the national laws of the States.*
This consequence is particularly regrettable for disputes of a non-international nature.
It is proposed therefore to introduce in Article 2(1) a), *an international connection, having in mind that this connection is implicitly contained in sub-paragraphs* b) *and* c).

No 62 – Proposition de la délégation de la France

Article 35

1 Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État contractant.

2 *sans changement*

3 *sans changement*

Article X (nouveau)

Tout État contractant peut faire connaître au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la présente Convention, ou à tout moment ultérieure, au moyen d'une déclaration, qu'il n'appliquera pas l'article 35, ou qu'il l'appliquera sous condition de réciprocité.

Note:

Cet amendement vise à remplacer la condition de réciprocité, sorte de donnant-donnant bilatéral, par la liberté laissée aux États de reconnaître et d'exécuter les actes authentiques en provenance d'autres États.
Une déclaration négative plutôt que positive a pour but de faciliter la reconnaissance et l'exécution de ces actes qui sont d'une grande utilité notamment dans la pratique du commerce et du crédit (Rapport Nygh / Pocar, Nos 375 et s.).

Documents de travail Nos 63 à 72

Working Documents Nos 63 to 72

Distribués le mercredi 13 juin 2001

Distributed on Wednesday 13 June 2001

No 63 – Proposition des délégations de la Chine et de l'Australie – Proposal of the delegations of China and Australia

Article 12

4 *bis* Si l'action porte sur une violation d'un droit d'auteur ou un droit voisin, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant en vertu de la loi duquel la violation du droit d'auteur ou droit voisin est allégué.

Note :

Cette proposition est fondée sur le principe de territorialité du droit d'auteur. Bien que le droit d'auteur se distingue du droit des brevets et des marques dans la mesure où il naît de manière automatique sans qu'un enregistrement soit requis, il demeure un droit fondé sur le droit du territoire concerné. Bien qu'il existe des instruments internationaux tels que la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC *de l'*OMC*, toutes les catégories du droit d'auteur n'y sont pas comprises et l'étendue de la protection en ce qui concerne les exigences minimum relève du droit national. De plus, même si ces instruments internationaux sont largement acceptés, ils ne sont pas universels. Par conséquent, la territorialité continue d'être l'essence du droit d'auteur et de déterminer la compétence exclusive des tribunaux de l'État en vertu de la loi duquel la violation du droit d'auteur ou droit voisin est allégué.*

* * *

Article 12

4 *bis* In proceedings concerning the infringement of a copyright or any neighbouring right, the courts of the Contracting State under whose laws the copyright or the neighbouring right is claimed to be infringed shall have exclusive jurisdiction.

Note:

This proposal is based on the principle of territoriality of copyright. Copyright, although differing from patent and trademarks in the sense that it is originated automatically without registration requirement, is still a right based on the law of relevant territory. Although there are international instruments such as the Berne Convention and the TRIPS *Agreement under the* WTO*, the categories of copyright covered by these Conventions are not comprehensive and the extent of protection over minimum requirements is left to national law. Furthermore, these international instruments, although attracting a great deal of acceptance, are not universal. Thus, the territoriality is still the nature of copyright, and dictates that the courts of the State under whose law a copyright is claimed to be infringed shall have exclusive jurisdiction.*

No 64 – Proposition du Groupe de travail informel sur l'article 34 – Proposal of the Informal Working Group on Article 34

Article 34 Reconnaissance ou exécution partielle

La reconnaissance ou l'exécution partielle d'un jugement doit être accordée si :

a) la reconnaissance ou l'exécution partielle a été demandée ; ou

b) une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée selon la Convention ; ou

c) le jugement a été exécuté en partie.

* * *

Article 34 Partial recognition or enforcement

Partial recognition or enforcement of a judgment shall be granted where –

a) partial recognition or enforcement is applied for; or

b) only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention; or

c) the judgment has been satisfied in part.

No 65 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 12 Propriété intellectuelle

Supprimer les paragraphes premier à 3 de l'avant-projet de 1999 (cf. également le Doc. trav. No 4).

1 Si l'action porte sur l'inscription, la validité, la nullité, l'annulation ou la révocation de brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, le dépôt, l'inscription ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale[1].

2 Le paragraphe précédent ne s'applique pas :

a) aux droits d'auteur ni aux droits voisins, même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement ;

b) [lorsque le tribunal est saisi des questions qui y sont mentionnées à titre incident, sans qu'il soit requis de rendre un jugement à leur égard].

3 Pour les actions portant sur la violation d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou modèle, ou d'un autre droit analogue, sont compétents les tribunaux désignés au paragraphe premier ou aux dispositions des articles [3 à 16][2].

* * *

[1] Il conviendra d'examiner si les marques non enregistrées doivent être inclues dans cette catégorie.
[2] Il conviendra d'exclure cette disposition de la réserve faite à l'art. 17.

Doc.trav./Work.Docs Nos 63-72

Article 12 Intellectual property

Delete paragraphs 1 to 3 of the 1999 preliminary draft (see also Work. Doc. No 4).

1 In proceedings which have as their object the registration, the validity, the nullity or invalidation of patents, trademarks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which, or for which, the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction.[1]

2 The preceding paragraph shall not apply –

a) to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible;

b) [when the matters referred to therein arise as incidental questions, the court not being requested to render a judgment in their respect].

3 In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, trademarks, designs or other similar rights, the courts of the Contracting State referred to in the preceding paragraph or in the provisions of Articles [3 to 16] have jurisdiction.[2]

No 66 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 14 Pluralité de défendeurs

Supprimer.

Article 15 Demande reconventionnelle

Sous réserve de l'article 12, le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée.

Article 16 Appel en garantie et intervention

Supprimer.

* * *

Article 14 Multiple defendants

Delete.

Article 15 Counter-claims

Subject to Article 12, a court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based.

Article 16 Third party claims

Delete.

[1] It will have to be examined whether unregistered trademarks have to be included in this category.
[2] This provision will have to be excluded from the exceptions stated in Art. 17.

No 67 – Proposition du Groupe de travail informel sur l'article 33 – Proposal of the Informal Working Group on Article 33

Article 33 Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, doit être reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

* * *

Article 33 Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the State addressed could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

The Working Group recommends that we change the order of paragraphs 1 and 2 in Article 33.

No 68 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 12 Exclusive jurisdiction

1 [...]

2 [...]

3 In proceedings concerning the validity of entries in public registers other than those dealing with intellectual property rights, the courts of the Contracting State in which the register is kept shall have exclusive jurisdiction.

4 In proceedings in which the relief sought is a decision on the grant, revocation, validity, [enforceability] or infringement of a patent, the courts of the Contracting State in which, or for which, the patent was granted shall have exclusive jurisdiction.

5 In proceedings in which the relief sought is a decision on the validity, abandonment, cancellation, revocation or infringement of a registered trademark, or a mark for which an application for registration has been filed, the courts of the Contracting State in which, or for which, the trademark was registered, or the application has been filed, shall have exclusive jurisdiction.

6 In proceedings in which the relief sought is a decision on the registration, validity, abandonment, [cancellation, revocation] or infringement of an unregistered trademark [or design], the courts of the Contracting State in which rights in the trademark [or design] arose shall have exclusive jurisdiction.

7 The preceding paragraphs of this Article shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question. For the purposes of paragraphs 4 to 6, an incidental question is a question that arises in an action which is not itself a claim or counter-claim for patent or trademark infringement,

for a grant or revocation, or for a declaratory judgment of validity or enforceability, of a patent or trademark.

8 In this Article, other registered industrial property rights shall be treated in the same way as patents. This paragraph does not apply to copyright or neighbouring rights, even when registration or deposit of such rights is possible.

9 In this Article, "court" includes any administrative agency or entity empowered to give binding decisions on legal controversies.

Article [2A] Definitions

In this Convention the following words and phrases shall have the meanings indicated below –

1 "court(s) of a Contracting State" includes any international or supranational court to the extent to which it replaces the courts of a Contracting State;

2 "incidental question" is not the question on which the court is asked to rule in legal proceedings, but is a question which has to be answered in order for it to rule on that question;

3 "judgment" means [*insert definition at present in Article 23*].

Notes:

(1) Except where indicated by underlining, the above text is intended to be no more than a redraft of the Edinburgh text (Prel. Doc. No 15 of May 2001, supra *p. 363 of this tome) in what is hoped is a style more in keeping with Hague traditions. It has been fitted into the text of Article 12. Some of the text removed from Article 12 has been put into a proposed new definition provision, to come, perhaps, after Article 2.*
(2) At the beginning of Article 15, we should insert "Subject to Article 12".
(3) It is proposed to have a provision in the Disconnection Clause to the effect that, in the courts of one European instrument State, the appropriate provisions in the European instruments, and not Article 12 of the Hague Convention, will apply when the court having exclusive jurisdiction is a court of a European instrument State.

For the Report:

– Unenforceability concerns the acts of a patent owner that create a misuse of the patent, such as anti-trust patent tying, collecting double royalties or illegal pooling or inequitable conduct before the patent office in prosecuting a patent application, such as filing false affidavits or omitting known prior art which materially affects the patentability of claim(s).
– "Enforceability" includes unenforceability.
– "Validity" includes invalidity or nullity.

No 69 – Proposition de la délégation de la Commission européenne – Proposal of the delegation of the European Commission

Article 28 bis

Variante 1

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée lorsque le tribunal d'origine, pour rendre sa décision, a en tranchant une question relative aux droits d'auteurs et droits voisins méconnu une règle de droit international privé de l'État requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de cet État.

Variante 2

La reconnaissance et l'exécution d'un jugement en matière de droits d'auteurs et droits voisins peut être refusée si le jugement a trait à un acte d'exploitation qui a eu lieu dans l'État requis et si le jugement serait manifestement incompatible avec les principes de protection des droits de propriété intellectuelle de l'État requis.

Note :

Cette proposition ne vise qu'à faciliter la discussion de l'option C envisagée dans l'annexe IV du Document préliminaire No 15 de mai 2001.

* * *

Article 28 bis

Variant 1

Recognition and enforcement may be refused if the court of origin in order to arrive at its judgment had, in deciding a question relating to copyright or neighbouring rights, conflicts with the rule of private international law of the State addressed unless the same result would have been reached by the application of rules of private international law of that State.

Variant 2

Recognition and enforcement of a judgment in copyright and neighbouring rights matters may be refused if the judgment concerns an act of exploitation having taken place in the State addressed and if the judgment would be manifestly incompatible with principles of intellectual property protection of the State addressed.

Note:

The aim of this draft is only to facilitate discussion on option C of Annex IV of Preliminary Document No 15 of May 2001.

No 70 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article [13] Compétence pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires

1 Le tribunal saisi de l'action au fond et compétent pour en connaître en vertu des articles [3 à 16] est compétent pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire.

2 Les tribunaux d'un État contractant peuvent, même lorsqu'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond d'un litige, ordonner des mesures provisoires et conservatoires limitées aux biens situés dans cet État ou dont l'exécution est limitée au territoire de cet État, si ces mesures sont destinées à la protection temporaire des droits qui font l'objet de l'action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un État contractant dont les tribunaux sont compétents pour en connaître en vertu des articles [3 à 16].

3 Aucune des dispositions de la Convention n'empêche un tribunal d'un État contractant d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires destinées à la protection temporaire

Doc.trav./Work.Docs Nos 63-72

d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un autre État.

Article [23A] Reconnaissance et exécution de mesures provisoires ou conservatoires

Les décisions qui ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires et qui ont été prises par le tribunal saisi de l'action au fond sont reconnues et exécutées dans les États contractants conformément aux articles [25, 27 à 34].

* * *

Article [13] Provisional and protective measures

1 The court seised and having jurisdiction under Articles 3 to 16] to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures.

2 The courts of a Contracting State may, even where they do not have jurisdiction to determine the merits of a claim, order provisional or protective measures in respect of property in that State or the enforcement of which is limited to the territory of that State, to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in a Contracting State which has jurisdiction to determine that claim under Articles [3 to 16].

3 Nothing in this Convention shall prevent a court in a Contracting State from ordering provisional or protective measures for the purpose of protecting on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in another State.

Article [23A] Recognition and enforcement of provisional and protective measures

Decisions ordering provisional or protective measures and which have been taken by a court seised with the claim on the merits shall be recognised and enforced in the Contracting States in accordance with Articles [25, 27 to 34].

No 71 – Proposition du Groupe de travail informel sur l'article 25 – Proposal of the Informal Working Group on Article 25

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés

1 *Sans changement*

2 Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine.

3 Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 *Sans changement*

* * *

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

1 *No changes*

2 A judgment referred to in paragraph 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin.

3 A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin.

4 *No changes*

No 72 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article X Jurisdiction based on frequent or significant activity of the defendant

A plaintiff may bring an action in the courts of a State –

1 in which the defendant has engaged in frequent or significant activity; or

2 into which the defendant has directed frequent or significant activity;

provided that the claim arises out of that activity and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State.

Note:

This Article provides a free-standing activity based jurisdiction rule that would not require specific inclusion of such a provision in a contract or tort article.

Documents de travail Nos 73 à 77

Working Documents Nos 73 to 77

Distribués le jeudi 14 juin 2001

Distributed on Thursday 14 June 2001

No 73 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

1 Cet article s'applique aux contrats conclus par une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) avec une autre personne qui exerce une activité professionnelle ou commerciale.

2 Un consommateur peut introduire une action devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat qui donne lieu à l'action fait partie des activités, incluant la promotion[, la sollicitation] ou la négociation de

contrats, que l'autre partie exerce dans cet État [ou dirige vers cet État], à moins que cette partie n'établisse que :

a) le consommateur a accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État ; et

b) les biens ont été livrés ou les services ont été fournis au consommateur alors qu'il se trouvait dans cet autre État.

3 L'autre partie au contrat peut introduire une action contre un consommateur en vertu de la Convention seulement devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de celui-ci.

4 Toutefois, l'action peut être introduite devant les tribunaux désignés par une convention d'élection de for conforme aux conditions de l'article 4, paragraphes premier et 2 :

a) si la convention a été conclue après la naissance du litige ;

b) dans la mesure où la convention permet au consommateur de choisir de porter une action devant les tribunaux désignés dans la convention ou devant ceux de sa résidence habituelle ; ou

c) dans la mesure où la convention est obligatoire pour les parties en vertu du droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur au moment de sa conclusion et si elle répond aux conditions définies dans la déclaration faite par cet État conformément à l'article X.

5 Le présent article ne s'applique pas lorsque l'autre partie au contrat établit :

a) qu'elle ne savait pas et n'avait aucune raison de savoir que le consommateur concluait le contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique et qu'elle n'aurait pas conclu le contrat si elle l'avait su ; ou

b) qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans l'État visé au paragraphe 2.

Article 25 bis *Déclaration relative à l'élection de droit en matière de contrats conclus par les consommateurs et de contrats individuels de travail*

1 Un État contractant qui n'a pas fait la déclaration mentionnée à l'article X ne doit pas reconnaître ou exécuter un jugement rendu par le tribunal d'origine en vertu de l'article 7, paragraphe 4, alinéa *c)*, ou de l'article 8, paragraphe 3, alinéa *c)*.

2 Un État contractant qui a fait une telle déclaration doit reconnaître et exécuter un tel jugement seulement dans la mesure où il est conforme aux conditions définies dans cette déclaration.

* * *

Article 7 Contracts concluded by consumers

1 This Article applies to contracts concluded between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes, the consumer, and another party acting for the purposes of its trade or profession.

2 A consumer may bring proceedings in the courts of the State in which the consumer is habitually resident if the conclusion of the contract to which the claim relates arises out of activities, including promotion[, solicitation] or negotiation of contracts, which the other party engaged in in that State[, or directed to that State], unless that party establishes that:

a) the consumer took the steps necessary for the conclusion of the contract in another State; and

b) the goods or services were supplied to the consumer while the consumer was present in that other State.

3 The other party to the contract may bring proceedings against a consumer under this Convention only in the courts of the State in which the consumer is habitually resident.

4 However, proceedings may be brought before the courts referred to in an agreement which conforms with the requirements of Article 4, paragraphs 1 and 2, –

a) if the agreement is entered into after the dispute has arisen;

b) to the extent that the agreement allows the consumer to choose whether to bring proceedings in the courts referred to in the agreement or in the courts of the State in which the consumer is habitually resident; or

c) to the extent that the agreement is binding on both parties under the law of the State in which the consumer is habitually resident at the time the agreement is entered into and provided that it meets the requirements specified in the declaration made by such State as contemplated in Article X.

5 This Article does not apply where the other party to the contract demonstrates that :

a) it neither knew nor had reason to know that the consumer was concluding the contract primarily for personal, family or household purposes and would not have entered into the contract if it had known otherwise; or

b) it took reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in the State referred to in paragraph 2.

Article 25 bis *Declaration relating to choice of court in contracts concluded by consumers and employment contracts*

1 A Contracting State which did not make a declaration as contemplated in Article X is not required to recognise or enforce a judgment rendered by the court of origin under Article 7, paragraph 4, sub-paragraph *c)*, or Article 8, paragraph 3, sub-paragraph *c)*.

2 A Contracting State which did make such a declaration shall recognise or enforce such a judgment to the extent only that it conforms with the requirements specified in the declaration.

No 74 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 8 Contrats individuels de travail

1 Le travailleur peut introduire une action en matière de contrat individuel de travail contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'employeur ;

b) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail[,

Doc.trav./Work.Docs Nos 73-77

à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

c) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans un État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur ou devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit le travail dont résulte le litige.

2 L'employeur peut introduire une action en matière de contrat individuel de travail contre le travailleur seulement devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du travailleur ou dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

3 Toutefois, l'action peut être introduite devant les tribunaux désignés par une convention d'élection de for conforme aux conditions de l'article 4, paragraphes premier et 2 :

a) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ;

b) dans la mesure où la convention permet au travailleur de choisir de porter une action devant les tribunaux désignés dans la convention ou devant ceux désignés au paragraphe premier ; ou

c) dans la mesure où la convention est obligatoire pour les parties en vertu du droit de l'État du lieu du travail dont résulte le litige et qu'elle répond aux conditions définies dans la déclaration faite par cet État conformément à l'article X.

* * *

Article 8 Individual contracts of employment

1 An employee may bring a claim in matters relating to individual contracts of employment against the employer –

a) in the courts of the State where the employer has its habitual residence;

b) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work[, unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

c) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated or in the courts of the State in which the employee carried out the work which has given rise to the dispute.

2 An employer may bring a claim in matters relating to individual contracts of employment against the employee only in the courts of the State in which the employee is habitually resident or in which the employee habitually carries out his work.

3 However, proceedings may be brought before the courts referred to in an agreement which conforms with the requirements of Article 4, paragraphs 1 and 2, –

a) if the agreement is entered into after the dispute has arisen;

b) to the extent that the agreement allows the employee to choose whether to bring proceedings in the courts referred to in the agreement or in the courts of the State referred to in paragraph 1; or

c) to the extent that the agreement is binding on both parties under the law of the State in which the employee carried out the work which has given rise to the dispute and provided that it meets the requirements specified in the declaration made by such State as contemplated in Article X.

No 75 – Proposition de la délégation de la Commission européenne – Proposal of the delegation of the European Commission

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

1 Le demandeur qui a conclu un contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique, ci-après dénommé le consommateur, peut introduire une action devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat qui donne lieu à l'action résulte directement des activités professionnelles ou commerciales que le défendeur a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État à moins que :

a) le consommateur n'ait accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État[; et

b) les biens n'aient été livrés ou les services n'aient été fournis au consommateur alors qu'il se trouvait dans cet État].

[2 Aux fins du paragraphe premier, l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un État si le défendeur démontre qu'il a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet État.]

3 Une action intentée contre le consommateur ne peut être portée par la personne qui a conclut le contrat dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales que devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du consommateur ou si le professionnel et le consommateur ont conclu un accord auquel le paragraphe 4 *a)* ou *c)* ou *d)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

4 L'article 4 s'applique à un accord conclu entre un professionnel et un consommateur seulement :

a) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

b) seulement dans la mesure où il permet au consommateur de porter une action devant un autre tribunal que ceux indiqués au présent article et à l'article 3 ; ou

c) [si au moment où l'accord a été conclu, le consommateur et le professionnel ont leur résidence habituelle dans le même État et, l'accord prévoit la compétence des tribunaux de cet État, pour autant que cet accord ne soit pas contraire au droit de cet État ; ou]

d) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le consommateur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

Article 8 Contrats individuels de travail

1 En matière de contrat individuel de travail, le travailleur peut introduire une action contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail[, à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

b) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans cet État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur.

2 L'employeur peut introduire une action contre le travailleur en vertu de la Convention seulement :

a) devant les tribunaux de l'État :

i) de la résidence habituelle du travailleur ; ou

ii) dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ; ou

b) si le travailleur et l'employeur ont conclu un accord auquel le paragraphe 4 *b)* ou *c)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

3 L'article 4 est applicable au contrat conclu entre un travailleur et un employeur seulement :

a) dans la mesure où il permet au travailleur de porter une action devant les tribunaux d'un État autre que l'État auquel fait référence le paragraphe 2 ; ou

b) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

c) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le travailleur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

* * *

Article 7 Contracts concluded by consumers

1 A plaintiff who concluded a contract primarily for personal, family or household purposes, hereafter designated as the consumer, may bring proceedings in the courts of the State in which it is habitually resident if the conclusion of the contract to which the claim relates arises directly out of trade or professional activities in which the defendant has engaged in that State, or directed to that State unless –

a) the consumer took the steps necessary for the conclusion of the contract in another State[; and

b) the goods or services were supplied to the consumer while the consumer was present in that other State].

[2 For the purposes of paragraph 1, the activity shall not be regarded as being directed to a State if the defendant demonstrates that it took reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in that State.]

3 A claim against a consumer may only be brought by a person who entered into the contract in the course of its trade or profession in the courts of the State in which the consumer is habitually resident, or if the business and the consumer have entered into an agreement to which paragraph 4 *a)* or *b)* or *c)* applies, in the court designated in that agreement.

4 Article 4 applies to an agreement between a business and a consumer only:

a) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

b) to the extent that it allows the consumer to bring proceedings in another court than those indicated in this Article or in Article 3;

c) [if at the time the agreement is entered into, both the consumer and the business are habitually resident in the same State, and the agreement confers jurisdiction on the courts of that State, provided that the agreement is not contrary to the law of that State; or]

d) to the extent that the agreement is binding on the consumer under the law of the State in which the consumer is habitually resident at the time the agreement is entered into.

Article 8 Individual contracts of employment

1 In matters relating to individual contracts of employment, an employee may bring a claim against the employer,

a) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work[, unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

b) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated.

2 An employer may bring a claim against the employee under this Convention only –

a) in the courts of the State:

i) in which the employee is habitually resident; or

ii) in which the employee habitually carries out his work; or

b) if the employee and the employer have entered into an agreement to which paragraph 4 *b)* or *c)* applies, in the court designated in that agreement.

3 Article 4 applies to an agreement between an employee and an employer only:

a) to the extent that it allows the employee to bring proceedings in the courts of a State other than the State referred to in paragraph 2; or

b) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

c) to the extent that the agreement is binding on the employee under the law of the State in which the employee is resident at the time the agreement is entered into.

No 76 – Proposal of the delegation of Denmark

Article X Reservation in respect of consumer contracts and employment contracts

1 A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Article 7 or 8 of this Convention.

2 A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph may also declare that it will not be bound by Chapter III of this Convention in respect of judgments rendered under Article 7 or 8.

3 A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraphs is not to be considered a Contracting State of this Convention in respect of matters to which the declaration applies.

Doc.trav./Work.Docs Nos 73-77

Note:

This proposal is an alternative to Article 25 bis *and Article 8, paragraph 4* c), *of the Edinburgh Draft (Prel. Doc. No 15 of May 2001,* supra *p. 363 of this tome), Annex III-A. It could also work well with the present wording of Articles 7 and 8 in the 1999 preliminary draft Convention. However, some of the rules of jurisdiction will have to be modified in the Edinburgh Draft.*
The purpose of this reservation is to make it possible for States that do not accept special rules about consumers or employees to opt out from the Convention in this respect.
Under the first paragraph a State can opt out from the jurisdictional rules but not the rules on recognition and enforcement under Chapter III. Consequently, such a State is bound to recognise and enforce judgments rendered under Article 7 or 8. However, the State is not obliged to apply Articles 7 and 8 in relation to jurisdiction.
Under the second paragraph, a Contracting State has the possibility to opt out completely in respect of consumer contracts and / or employment contracts. A State can only make a declaration under this paragraph if it has also made a declaration under paragraph 1. A State that has decided to make declarations under paragraphs 1 and 2 will be regarded as having opted out completely in respect of consumer contracts and employment contracts under the Convention. Therefore such a State cannot apply Articles 7 and 8, and judgments rendered in other Contracting States under Articles 7 and 8 will not be recognised under the Convention in the State that has taken this reservation.
Paragraph 3 makes it clear that a State making reservations under paragraphs 1 and 2 is to be considered a non-Contracting State in respect of matters covered by the reservation.

No 77 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 1 Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g) arbitration and proceedings related thereto;

h) admiralty or maritime matters;

i) provisional or protective measures other than interim payment orders.

Documents de travail Nos 78 à 88

Working Documents Nos 78 to 88

Distribués le vendredi 15 juin 2001

Distributed on Friday 15 June 2001

No 78 – Proposition des délégations du Japon, de la Corée et de la Suisse – Proposal of the delegations of Japan, Korea and Switzerland

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée si :

[...]

d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre ou s'il n'était pas notifié en conformité avec une convention internationale applicable [ou selon le droit national de l'État dans lequel la notification a eu lieu].

* * *

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

[...]

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, or was not notified in conformity with an applicable international convention [or the domestic rules of the State where such notification took place].

No 79 – Proposition des délégations de l'Australie, du Canada, de l'Irlande, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et des États-Unis d'Amérique – Proposal of the delegations of Australia, Canada, Ireland, New Zealand, the United Kingdom and the United States of America

Article 11 Trusts

1 Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont ~~seuls~~ compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust, et ces tribunaux sont seuls compétents à moins que l'acte constitutif ne précise autrement. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un

tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. La validité d'une telle désignation est régie par le droit qui s'applique à la validité du trust.

2 En l'absence d'une telle élection de for valable une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust ;

b) dont la loi est applicable au trust ;

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action ;

d) dans lequel sont habituellement résidents le constituant (si vivant) et toutes les bénéficiaires vivants, si toutes ces personnes sont habituellement résidentes dans le même État.

3 Cet article ne s'applique qu'aux disputes entre le trustee, le constituant et les bénéficiaires du trust.

* * *

Article 11 Trusts

1 In proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, the courts of a Contracting State designated in the trust instrument for this purpose shall have ~~exclusive~~ jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the instrument provides otherwise. Where the trust instrument designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction. The validity of such a designation shall be governed by the law[1] applicable to the validity of the trust.

2 In the absence of such valid designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) in which is situated the principal place of administration of the trust;

b) whose law is applicable to the trust;

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings;

d) in which the settlor (if living) and all living beneficiaries are habitually resident, if all such persons are habitually resident in the same State.

3 This Article shall only apply to disputes among the trustee, settlor and beneficiaries of the trust.

Rationale:

Paragraph 1 of this Article is the equivalent of paragraph 1 of Article 4 dealing with choice of court clauses used in contracts. Like contracts, trusts can involve divergent power relationships. Unlike the Convention rules on contracts, however, without this amendment, this Article fails to recognise this fact. This amendment subjects choice of court provisions in trust instruments to rules similar to those applicable to contractual choice of court clauses under Article 4 (which is subject to national law rules addressing the validity of the contract clause).
The addition to paragraph 2 similarly recognises disparities in power relationships by adding the forum of the habitual residence of the settlor (if alive) and all beneficiaries. This provision has its contract counterpart in Article 7 of the preliminary draft Convention.

[1] It was noted by Ireland that the phrase "national law" should replace the word "law" if the Convention consistently uses "national law" in such cases.

No 80 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 19 Autorité du tribunal saisi

2 Lorsque la compétence du tribunal saisi dans un État contractant est fondée sur ou conforme à un chef de compétence prévu aux articles 3 à 16, le demandeur peut requérir du tribunal de le déclarer dans le jugement.

* * *

Article 19 Authority of the court seised

2 When the jurisdiction of the court seised in a Contracting State is based on or is consistent with a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 16, the plaintiff may request the court to declare so in the judgment.

No 81 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 11 Trusts

1 Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont seuls compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.

2 En l'absence d'une telle élection de for, une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust ;

b) dont la loi est applicable au trust ;

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action, en tenant compte, en particulier, de circonstances telles que le lieu d'administration du trust, la résidence habituelle ou l'établissement du trustee et le lieu où les objectifs du trust doivent être accomplis.

* * *

Article 11 Trusts

1 In proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, the courts of a Contracting State designated in the trust instrument for this purpose shall have exclusive jurisdiction. Where the trust instrument designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.

Doc.trav./Work.Docs Nos 78-88

2 In the absence of such designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) in which is situated the principal place of administration of the trust;

b) whose law is applicable to the trust;

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings, taking in particular into account circumstances such as the place where the trust is administered, the habitual residence or the place of business of the trustee and the place where the purposes of the trust are to be fulfilled.

No 82 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 37A Rapports avec des Conventions dans des matières particulières

La présente Convention n'affecte pas les Conventions auxquelles les États contractants sont ou seront Parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions.

[*Proposition d'un principe qui nécessite des développements.*]

* * *

Article 37A Relationship with Conventions in particular matters

This Convention shall not affect any Conventions to which the Contracting States are or will be Parties and which in relation to particular matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments.

[*Proposal as a principle which needs further to be elaborated.*]

No 83 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 36 Transactions

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

* * *

Article 36 Settlements

Settlements to which a court has given its authority shall be recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced in the State addressed under the same conditions as judgments falling within the Convention, so far as those conditions apply to settlements.

No 84 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 1

1 *(unchanged)*

2 [...]

i) provisional or protective measures other than those mentioned in Articles 13 and 23A.

Article 13

A court which is or is to be seised of a claim and which has jurisdiction under Articles [3 to 16] to determine the merits thereof may order provisional and protective measures, intended to preserve the subject matter of the claim.

Article 23A

Orders for provisional and protective measures issued in accordance with Article 13 shall be recognised and enforced in the other Contracting States in accordance with Articles [25, 27 to 34].

Note:

The Danish delegation prefers to exclude provisional and protective measures from the Convention. If, however, certain aspects thereof shall be included, it is the view of the delegation that jurisdiction rules on provisional and protective measures should only be included for the purpose of a rule on recognition and enforcement. We are, therefore, for discussion purposes, submitting the present proposal.

No 85 – Proposition du Groupe de travail sur la compétence en matière de contrats – Proposal of the Working Group on Contract Jurisdiction

Article X Compétence en matière de contrats

Alternative A :

1 [Sous réserve des dispositions des articles 7 et 8], le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel :

a) le défendeur a exercé une activité fréquente [et] [ou] significative ; [ou

b) vers lequel le défendeur a dirigé une activité fréquente [et] [ou] significative ;]

pourvu que l'action soit fondée sur un contrat directement lié à cette activité [et que la relation du défendeur avec cet État, prise dans son ensemble, rende raisonnable qu'il soit attrait devant les tribunaux de cet État].

Variante 1 :

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » signifie un ou plusieurs des éléments suivants :

a) la promotion [régulière et substantielle] de l'entreprise commerciale ou professionnelle du défendeur dans le but de conclure des contrats de cette nature ;

b) la présence régulière ou prolongée du défendeur dans le but de négocier des contrats de cette nature, si le contrat en cause a été exécuté au moins en partie dans cet État[, sans qu'il soit tenu compte du seul paiement d'une somme d'argent, sauf dans le cas des contrats de prêt ou de vente et d'achat de devises] ;

c) l'exécution du contrat qui consiste en la fourniture d'objets mobiliers corporels ou la prestation de services en tout ou en partie significative.

Variante 2 :

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » comprend, notamment, la promotion, les pourparlers et l'exécution des contrats.

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter la conclusion d'un contrat ou d'exécuter une obligation dans cet État.]

Alternative B :

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

a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie ;

b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ;

c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.

* * *

Article X Contracts

Alternative A:

1 [Subject to the provisions of Articles 7 and 8,] a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State –

a) in which the defendant has conducted frequent [and] [or] significant activity; [or

b) into which the defendant has directed frequent [and] [or] significant activity;]

provided that the claim is based on a contract directly related to that activity [and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State.]

Variant 1:

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" means one or more of the following –

a) [regular and substantial] promotion of the commercial or professional ventures of the defendant for the conclusion of contracts of this kind;

b) the defendant's regular or extended presence for the purpose of negotiating contracts of this kind, provided that the contract in question was performed at least in part in that State[. Performance in this sub-paragraph refers [only] to non-monetary performance, except in the case of loans or of contracts for the purchase and sale of currency];

c) the performance of a contract by supplying goods or providing services, as a whole or to a significant part.

Variant 2:

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" includes, *inter alia*, the promotion, negotiation, and performance of a contract.

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into or performing an obligation in that State.]

Alternative B:

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;

b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;

c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

No 86 – Proposition des délégations du Royaume-Uni et de la Suisse – Proposal of the delegations of the United Kingdom and Switzerland

Article 11 Trusts

[...]

2 En l'absence d'une telle élection de for, une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État :

a) [...]

b) [...]

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action, en tenant compte, en particulier, du lieu d'administration du trust, de la résidence ou de l'établissement du trustee, de la situation des biens du trust ainsi que des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis ; ou ;

d) [...]

* * *

Article 11 Trusts

[...]

2 In the absence of such designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) [...]

b) [...]

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings, taking into account in particular the place where the trust is administered, the place of residence or business of the trustee, the situation of the assets of the trust, and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled; or;

d) [...]

Doc.trav./Work.Docs Nos 78-88

No 87 – Proposal of the delegation of the United States of America

Amendment to Article 15

Article 15 Counter-claims

A court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based unless the court would be unable to adjudicate such a counter-claim against a local plaintiff under national law.

In addition, with the revision of Article 5, we would recommend that Article 15 be added to the list of articles to be recognised or enforced in Article 25(1).

Rationale:

There are two potential problems that have been raised with regard to this Article:
(1) This Article appears to give white list jurisdiction to counter-claims, yet it is not listed in Article 25(1) as a white list ground of jurisdiction for recognition and enforcement purposes. If Article 5 were to remain as it was drafted in the 1999 draft, this would not be a problem, since Article 5 would provide a white list ground for jurisdiction where the defendant raised a counter-claim. However, given the redraft of Article 5, it is necessary to add Article 15 to 25(1) in order to maintain a white list ground for jurisdiction in this scenario.
(2) If we give white list jurisdiction to courts for counter-claims, the situation may arise where the counter-claim is outside of the subject matter jurisdiction of the court. In such a case the Convention would be mandating jurisdiction in a court that would not be competent to exercise jurisdiction over such a claim.

No 88 – Proposition des délégations des Pays-Bas et du Japon – Proposal of the delegations of the Netherlands and Japan

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée si :

[...]

d) [...], à moins qu'il ait présenté sa défense sans contester la notification dans le tribunal d'origine.

* * *

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

[...]

d) [...], unless the defendant presented his case without contesting the matter of notification in the court of origin.

Distribué le vendredi 15 juin 2001

No 89 – Proposition des co-Rapporteurs et du Bureau Permanent

Article premier Champ d'application matériel

1 La Convention s'applique en matière civile et commerciale[1]. Elle ne comprend pas, notamment, les matières fiscales, douanières et autres[2] matières administratives[3].

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

a) l'état et la capacité des personnes ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues ;

d) les testaments et successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues ;

f) la sécurité sociale ;

g) l'arbitrage et les procédures y afférentes ;

h) les matières maritimes ;

[*i)* les entraves à la concurrence (anti-trust) ;][4]

[*j)* la responsabilité en matière nucléaire ;][5]

[*k)* autres questions à discuter ultérieurement en ce qui a trait à l'article 12][6].

[1] Le Doc. trav. No 4 propose d'ajouter les termes « devant les tribunaux des États contractants ». Cette proposition sera discutée ultérieurement. Noter l'énoncé dans le Rapport Nygh / Pocar (Doc. prél. No 11 d'août 2000, ci-dessus p. 206 du présent tome) au No 28 à l'effet qu'il y avait un consensus lors de la Commission spéciale sur le fait que l'application de la Convention devrait être limitée aux instances (procédures) devant les tribunaux. La Session diplomatique ne semble pas vouloir s'écarter de ce consensus à l'exception éventuelle des instruments authentiques (voir l'art. 35 de l'avant-projet de Convention).

[2] Il y a consensus pour ajouter le terme « autres » pour indiquer que les matières fiscales et douanières sont également de nature administrative.

[3] Certaines délégations ont exprimé le désir de clarifier davantage le sens et la portée de l'expression « matières administratives ». Le Doc. trav. No 16 tente de clarifier davantage cette expression, sans obtenir de consensus. La clarification contenue dans le Doc. trav. No 16 aurait en outre fusionné les para. 3 et 1er.

[4] Voir les Doc. trav. Nos 1, 3 et 24. La proposition visant à exclure du domaine de la Convention certains aspects visés aux États-Unis d'Amérique par l'expression « *anti-trust* », comme les actions contre l'exercice d'un monopole, les fusions et les acquisitions qui réduisent de façon significative la concurrence, les pratiques de prix discriminatoire, d'entente de prix ou de prix imposé, les contrats d'exclusivité, a été reçue avec intérêt. D'autre part, il a été reconnu que les termes tels que « concurrence déloyale » (*unfair competition*) sont trop larges puisque dans certains systèmes cela pourrait inclure des matières comme le *passing off* et la violation des droits d'auteur et de brevets. La difficulté consiste à trouver les termes appropriés pour définir le domaine à exclure tout en étant compréhensible au plan international. Il est à noter que si une rédaction appropriée est trouvée, le para. 2 de l'art. 10 pourrait être supprimé.

[5] Les auteurs des Doc. trav. Nos 7 et 1 ont accepté la rédaction du Doc. trav. No 7 à cet égard. Il n'y a pas de consensus sur le principe de l'exclusion proposée.

[6] Voir Doc. trav. No 4.

Distributed on Friday 15 June 2001

No 89 – Proposal of the co-Reporters and the Permanent Bureau

Article 1 Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters.[1] It shall not extend in particular to revenue, customs or other[2] administrative matters.[3]

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g) arbitration and proceedings related thereto;

h) admiralty or maritime matters;

[*i)* anti-trust or competition claims;][4]

[*j)* nuclear liability;][5]

[*k)* other matters to be discussed later in relation to Article 12].[6]

[1] Work. Doc. No 4 proposes to add the words "before courts of Contracting States". This proposal will be discussed later. Note the statement in the Nygh / Pocar Report (Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome) at No 28 that there was a consensus in the Special Commission that the application of the Convention should be confined to proceedings before courts. There was no suggestion in the Diplomatic Session that this consensus should be departed from with the possible exception of authentic instruments (see preliminary draft Convention, Art. 35).

[2] By consensus the word "other" was added in order to indicate that revenue and customs matters are also of an administrative nature.

[3] A desire was expressed on the part of certain delegations for further clarification of the meaning and scope of "administrative matters". An attempt to provide further clarification was made in Work. Doc. No 16, but this did not achieve consensus. The clarification in Work. Doc. No 16 would also have merged para. 3 with para. 1.

[4] See Work. Docs Nos 1, 3 and 24. Interest was shown towards the proposal that certain aspects of what is covered in the United States of America by the term "anti-trust claims", such as actions against monopolisation, mergers and acquisitions that substantially lessen competition, price discrimination and fixing, and exclusive dealing, be excluded from the Convention. On the other hand, it was acknowledged that words such as "unfair competition" (*concurrence déloyale*) went too far since in certain systems it might include matters such as passing off and infringement of copyright and patents. The problem remains of finding the appropriate terminology to define the area to be excluded and which can be understood at the international level. It should be noted that, should a suitable formulation be found, Art. 10, para. 2, could be deleted.

[5] See Work. Docs Nos 7 and 1, the proponents of which accepted the wording of Work. Doc. No 7 in this regard. There is no consensus on the principle of this proposed exclusion.

[6] See Work. Doc. No 4.

3 Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie.

4 La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

Article 3 For du défendeur[7]

1 Sous réserve des dispositions de la Convention, un défendeur peut être attrait devant les tribunaux de l'État de sa résidence [habituelle].

[2 Aux fins de la Convention, une personne physique est réputée résidente :

a) si cette personne est résidente dans un seul État, dans cet État ;

b) si cette personne est résidente dans plusieurs États,

i) dans l'État de sa résidence principale ; ou

ii) si cette personne n'a pas de résidence principale dans aucun État, dans chaque État dans lequel cette personne est résidente.][8]

[3] Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être [habituellement] résidente dans l'État :

a) de son siège statutaire,

b) selon la loi duquel elle a été constituée,

c) de son administration centrale, ou

d) de son principal établissement[9].

Article 9 Succursales [et activité commerciale habituelle][10]

Le demandeur peut introduire une action devant les tribunaux de l'État dans lequel est situé une succursale, agence ou tout autre établissement[11] du défendeur[, ou dans lequel le défendeur a exercé par d'autres moyens une activité commerciale habituelle], si le litige est directement lié à l'activité de cette succursale, agence ou cet établissement [ou à cette activité commerciale habituelle].

[7] Il y a consensus sur le for du défendeur en tant que chef de compétence générale.
[8] Certaines délégations sont d'avis que la « résidence habituelle » a acquis une signification trop technique dans l'interprétation des Conventions de La Haye précédentes, en particulier de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. D'autres délégations ont favorisé la continuité du concept établi de « résidence habituelle » et ont craint que « résidence » ne constitue un lien trop faible. Il a été souligné qu'en vertu de la version actuelle de l'art. 18(2) *i)*, « la résidence temporaire [...] du défendeur » est un chef de compétence interdit (mais voir le Doc. trav. No 33). Il n'y a pas de consensus sur ce point.
[9] Il semble y avoir consensus sur ce paragraphe, à l'exception de l'inclusion du terme « habituellement », voir note ci-dessus. L'insertion du para. 2 aurait des répercussions sur la numérotation des alinéas.
[10] L'examen du texte entre crochets a été reporté en attendant la discussion générale du concept de la « compétence basée sur une activité ». Il semble qu'il y ait accord général sur le reste du paragraphe, sous réserve de clarifications additionnelles (voir la note ci-dessous).
[11] Il ne semble pas y avoir de différend sur l'interprétation faite par les co-Rapporteurs dans le Rapport Nygh / Pocar, au No 128, selon laquelle une filiale, même si elle est détenue entièrement par la société mère, ne peut de ce simple fait être considérée comme une « succursale, agence ou tout autre établissement ». Le Doc. trav. No 12 visait à apporter plus de clarification à cet égard, mais n'a pas obtenu de consensus.

3 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for the State is a party thereto.

4 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 3 Defendant's forum[7]

1 Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of [a] [the] State [in which] [where] that defendant is [habitually] resident.

[2 For the purposes of the Convention, a natural person shall be considered to be resident –

a) if that person is resident in only one State, in that State;

b) if that person is resident in more than one State,

i) in the State in which that person has his or her principal residence; or

ii) if that person does not have a principal residence in any one State, in each State in which that person is resident.][8]

[3] For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be [habitually] resident in the State –

a) where it has its statutory seat,

b) under whose law it was incorporated or formed,

c) where it has its central administration, or

d) where it has its principal place of business.[9]

Article 9 Branches [and regular commercial activity][10]

A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment[11] of the defendant is situated[, or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means], provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or other establishment [or to that regular commercial activity].

[7] There is consensus on the defendant's forum as a forum of general jurisdiction.
[8] Some delegations are of the view that "habitual residence" has acquired too technical a meaning in the interpretation of earlier Hague Conventions, particularly the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. Other delegations favoured continuity of the established concept of "habitual residence" and feared that "residence" provided too slight a connection. Reference was made to the appearance of "the temporary residence [...] of the defendant" in Art. 18(2) *i)*, as it now stands, as one of the prohibited grounds of jurisdiction (but see Work. Doc. No 33). There is no consensus on this point.
[9] There appears to be consensus on this paragraph, except for the inclusion of the word "habitual", see note above. A re-numbering would be required if para. 2 were inserted.
[10] The matter placed between the brackets has not been discussed pending general discussion of the "activity jurisdiction" elsewhere. There appears to be general agreement, subject to further clarification (see note below), on the remainder of the paragraph.
[11] There does not appear to be any dispute with the interpretation given by the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 128, that a subsidiary, even one that is wholly owned by a parent, will not by that fact alone be regarded as falling within the definition of "a branch, agency or other establishment". An attempt in Work. Doc. No 12 to provide further clarification to this effect in the body of the text did not achieve consensus.

Article 23 Définition du terme « jugement »[12]

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

a) toute décision [au fond][13] rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférant à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention ;

[*b)* les décisions prononçant des mesures provisoires ou conservatoires conformément à l'article 13, paragraphe premier.]][14]

Article 24 Jugements exclus du chapitre III

Ce chapitre ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17, et qui n'est pas consistante avec un chef de compétence prévu aux articles [liste blanche][15].

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés

L'étude de cet article n'est pas complétée.

Article 26 Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés

1 Un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12, ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18, ne peut pas être reconnu ni exécuté[16].

[2 *Conflit avec une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale*][17]

Article 27 Vérification de la compétence[18]

1 Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.

2 Lors de l'appréciation de la compétence du tribunal d'origine, le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut.

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée au motif que le tribunal requis considère que le

[12] L'article au complet a été placé entre crochets en attendant une discussion des mesures provisoires et conservatoires.
[13] Cet ajout a été proposé suite aux discussions informelles d'Édimbourg à l'annexe V du Doc. prél. No 15 de mai 2001 (« Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens », ci-dessus p. 362 du présent tome), en prenant pour acquis que la Convention ne prévoirait pas la reconnaissance ou l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires. L'expression « au fond » renvoie aux questions de fond soulevées par le litige. La question de savoir si cette expression n'était pas trop large en excluant ainsi les décisions relatives aux questions préliminaires ayant un caractère définitif a été soulevée.
[14] La suppression du para. *b)* a été proposée à l'annexe V du Doc. prél. No 15. La question doit être discutée à nouveau.
[15] L'ajout des mots soulignés a été proposé dans le Doc. trav. No 36 et accepté par consensus. Cet ajout précise que le chapitre III s'applique à tout jugement dont un des chefs de compétence sur lesquels il est fondé est cohérent avec un chef de compétence obligatoire en vertu de la Convention. Aux fins de reconnaissance, l'art. 24 doit être limité aux décisions qui peuvent uniquement être fondées sur un chef de compétence prévu par le droit national.
[16] Ce paragraphe a été approuvé par consensus sous réserve de l'identification des articles auxquels il s'applique.
[17] Voir les Doc. trav. No 44 et No 45 suggérant le refus de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu au mépris d'une convention d'arbitrage ou qui est contraire à une sentence arbitrale. Cette question doit être discutée à nouveau et, dans l'éventualité où cette proposition est acceptée, il sera nécessaire de déterminer si elle doit être ajoutée dans cet article ou dans l'art. 1er.
[18] Cet article a été approuvé par consensus.

Article 23 Definition of "judgment"[12]

[For the purposes of this Chapter, "judgment" means –

a) any decision [on the merits][13] given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court, provided that it relates to a decision which may be recognised or enforced under the Convention;

[*b)* decisions ordering provisional or protective measures in accordance with Article 13, paragraph 1.]][14]

Article 24 Judgments excluded from Chapter III

This Chapter shall not apply to judgments based solely on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17, and which is not consistent with any basis of jurisdiction provided for in Articles [white list].[15]

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

Consideration of this Article has not yet been completed.

Article 26 Judgments not to be recognised or enforced

1 A judgment based on a ground of jurisdiction which conflicts with Article 4, 5, 7, 8 or 12, or whose application is prohibited by virtue of Article 18, shall not be recognised or enforced.[16]

[2 *Conflict with arbitration agreement or award*][17]

Article 27 Verification of jurisdiction[18]

1 The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.

2 In verifying the jurisdiction of the court of origin, the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 Recognition or enforcement of a judgment may not be refused on the ground that the court addressed considers that

[12] The whole of this Article has been placed within brackets pending discussion of the treatment of provisional and protective measures.
[13] This was proposed following the informal discussions in Edinburgh in Annex V to Prel. Doc. No 15 of May 2001 ("Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items", *supra* p. 363 of this tome), on the basis that the Convention would not provide for the recognition and enforcement of provisional and protective measures under the Convention. The use of the words "on the merits" refers to the merits of the dispute. It has been queried whether the use of those words may go too far in excluding decisions on preliminary issues which have a final character.
[14] The deletion of para. *b)* is proposed in Annex V to Prel. Doc. No 15. This issue awaits further discussion.
[15] The addition of the underlined words as proposed in Work. Doc. No 36 was accepted by consensus. The additional words make it clear that Chapter III will apply to any judgment based on one or more grounds of jurisdiction, so long as any one of those grounds is consistent with a required basis for jurisdiction under the Convention. For recognition purposes, the application of Art. 24 is confined to judgments that can only be based on jurisdiction required by national law.
[16] Consensus was reached on this paragraph subject to further identification of the Articles to which it will apply.
[17] See Work. Docs Nos 44 and 45 proposing that a judgment given in breach of an arbitration agreement or contrary to an arbitration award not be recognised or enforced. This matter awaits further discussion as well as a determination of whether such a proposal, if accepted, should be dealt with here or in Art. 1.
[18] This Article was accepted by consensus.

tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée [seulement][19] si :

a) un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant un tribunal de l'État requis, premier saisi conformément à l'article 21[20] ;

b) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu, soit dans l'État requis soit dans un autre État, pour autant qu'il soit, dans ce dernier cas, susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis[21] ;

[*c)* [le jugement résulte d'une procédure] [la procédure dans l'État d'origine était][22] incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis[, y compris le droit de chaque partie d'être entendue par un tribunal impartial et indépendant] ;][23]

d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre[, ou n'a pas été notifié en conformité avec [les règles de droit applicables de l'État où la notification a eu lieu] [la Convention internationale à laquelle est Partie l'État où la notification a lieu]][24] ;

e) le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure[25] ;

f) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis[26].

2 Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre, le tribunal de l'État requis ne procède à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine[27].

the court of origin should have declined jurisdiction in accordance with Article 22.

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused [only][19] if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court of the State addressed, if first seised in accordance with Article 21;[20]

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed;[21]

[*c)* the [judgment results from] proceedings [in the State of origin were][22] incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed[, including the right of each party to be heard by an impartial and independent court];][23]

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence[, or was not notified in conformity with the applicable [rules of law of the State where such notification took place] [international Convention to which the State where such notification took place is a Party]];[24]

e) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;[25]

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.[26]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.[27]

[19] Une délégation a proposé dans le Doc. trav. No 38 l'ajout du mot « seulement » afin de préciser que la liste de motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution est exhaustive, voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 325. Aucun consensus n'a été atteint sur l'ajout de ce mot dans le texte.
[20] L'alinéa *a)* a été approuvé par consensus.
[21] L'alinéa *b)* a été approuvé par consensus.
[22] Une délégation a proposé dans le Doc. trav. No 38 la suppression des termes « le jugement résulte de » et l'ajout de l'expression « dans l'État d'origine était ». Cela a pour objectif de clarifier la disposition. L'issue de cette discussion dépendra de la suite donnée au Doc. trav. No 51, voir la note suivante.
[23] Une délégation a proposé la suppression de l'alinéa *c)*, voir le Doc. trav. No 51, puisqu'il aurait pour effet d'inciter à une remise en cause de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal par la partie perdante afin de différer l'exécution. Cela serait également contraire à la confiance mutuelle nécessaire entre les tribunaux des États contractants. Sous réserve d'une révision, la délégation a indiqué que la première partie de cet alinéa serait acceptable. Par contre, elle s'oppose fortement au texte entre les crochets à la fin de l'alinéa *c)*. Aucun consensus n'a été atteint quant à l'insertion complète de l'alinéa dans sa forme présente.
[24] La partie de l'alinéa *d)* qui ne figure pas entre crochets n'a soulevé aucune difficulté. Les termes entre crochets ont été soumis par deux délégations et représentent deux options. La première option permettrait au tribunal requis de refuser la reconnaissance lorsque la notification n'était pas conforme à la loi de l'État où elle a eu lieu. Dans la plupart des cas, mais pas dans tous, cela coïnciderait avec l'État requis. La deuxième option limiterait le motif de refus aux cas où une Convention internationale, telle que la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, a été violée. Il n'y a pas eu de consensus sur l'une ou l'autre de ces options.
[25] L'alinéa *e)* a été approuvé par consensus.
[26] L'alinéa *f)* a été approuvé par consensus.
[27] Ce paragraphe a été approuvé par consensus.

[19] One delegation proposed in Work. Doc. No 38 the insertion of the word "only" to make clear that the following list is an exclusive list of grounds for refusal or enforcement, see the Nygh / Pocar Report, at No 325. No consensus was reached on the inclusion of this word in the text.
[20] This sub-paragraph was accepted by consensus.
[21] This sub-paragraph was accepted by consensus.
[22] One delegation proposed in Work. Doc. No 38 the deletion of the words "judgment results from" and the insertion of the words "in the State of origin were". This is intended to clarify the provision. Further discussion depends on the decision on Work. Doc. No 51, see below.
[23] One delegation has proposed the deletion of this sub-paragraph, see Work. Doc. No 51, because it would encourage attacks on the impartiality and independence of the court by the losing party in an attempt to delay enforcement. It would also be contrary to the need for mutual trust and confidence among the courts of Contracting States. That delegation has indicated that, subject to revision, the first part of the sub-paragraph could be acceptable. However, it has strong objections to the material within the brackets at the end of the sub-paragraph. No consensus was reached on the continued inclusion of the sub-paragraph in its present form.
[24] No difficulties were raised about the portion of the sub-paragraph not in brackets. Two delegations put forward the material within the brackets as containing two options. The option contained within the first set of brackets would permit the requested court to deny recognition where service was not effected in accordance with the requirements of the law of the State where notification took place. In most cases, but not all, this would coincide with the State addressed. The second option would confine the ground for refusal to the cases where the applicable international Convention was violated, such as the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. There was no consensus on the acceptance of either option.
[25] This sub-paragraph was accepted by consensus.
[26] This sub-paragraph was accepted by consensus.
[27] This paragraph was accepted by consensus.

Article 29 Pièces à produire[28]

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) [pour les fins de reconnaissance,] tout document de nature à établir que le jugement [possède l'autorité de la chose jugée] [est définitif] dans l'État d'origine [ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État] ;

[*d)* pour les fins d'exécution, tout document de nature à établir que le jugement est exécutoire dans l'État d'origine ;]

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

2 Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

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

Article 30 Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. [La loi de l'État requis doit au moins prévoir un recours par l'exequatur ou l'enregistrement aux fins de l'exécution.][29] Le tribunal requis agira [conformément avec la procédure la plus rapide disponible dans le droit national][30] [rapidement].

Article 31 Frais de procédure

Aucun dépôt ni caution, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé[, pour la procédure de l'article 30,][31] pour garantir le paiement des frais et dépens à raison seulement de la possession par le requérant de la nationalité d'un

[28] Cet article a été approuvé par consensus à l'exception des termes placés entre crochets. Ces termes reprennent une proposition faite dans le Doc. trav. No 41 qui vise à aligner l'art. 29 sur une proposition d'amendement faite en rapport avec l'art. 25, laquelle doit encore être discutée.

[29] Une délégation a présenté cette proposition (voir le Doc. trav. No 49) afin d'assurer la possibilité d'au moins un appel à l'encontre d'une décision permettant ou refusant l'exequatur ou l'enregistrement. D'autres délégations se sont opposées à cette proposition au motif que la disponibilité d'un moyen de contestation ou de révision devrait être laissée au droit national. Cette question n'est pas résolue.

[30] Une délégation a proposé (Doc. trav. No 42) le texte entre crochets pour remplacer le mot « rapidement » dans le texte actuel. Son objectif était de reprendre dans le texte de la Convention l'idée du commentaire des co-Rapporteurs, au No 355 du Rapport Nygh / Pocar, à l'effet que l'art. 30 « oblige les États contractants à utiliser [...] la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national ». Par une clarification additionnelle, les co-Rapporteurs ont signalé qu'une telle disposition n'obligerait pas un État à utiliser une procédure disponible spécifiquement pour les besoins d'un traité ou d'un accord auquel l'État serait Partie contractante, mais qu'elle référait plutôt à son droit non conventionnel (droit commun). Aucun consensus n'a été atteint sur cette disposition.

[31] Une délégation a proposé (voir le Doc. trav. No 40) cet ajout dans le but de clarifier la portée de l'article sans en modifier la substance. D'autres délégations ont mis en doute la nécessité de cette disposition et ont exprimé leurs craintes à propos de conséquences non désirées. Il a également été fait mention de l'art. 16 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*. Le fond de cet article a fait l'objet d'un consensus.

Article 29 Documents to be produced[28]

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) [for recognition purposes,] all documents required to establish that the judgment is [*res judicata*] [final] in the State of origin [or, as the case may be, is enforceable in that State];

[*d)* for enforcement purposes, all documents required to establish that the judgment is enforceable in the State of origin;]

e) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 No legalisation or similar formality may be required.

3 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Article 30 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. [The law of the State addressed must provide for the possibility to appeal against the declaration of enforceability or registration for enforcement.][29] The court addressed shall act [in accordance with the most rapid procedure available under local law][30] [expeditiously].

Article 31 Costs of proceedings

No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses [for the procedure of Article 30][31] shall be required by reason only that the applicant

[28] This Article was approved by consensus except in relation to the material placed in brackets. That material incorporates a proposal made in Work. Doc. No 41 intended to conform to amendments offered to Art. 25 which have not as yet been resolved.

[29] One delegation put forward this proposal (Work. Doc. No 49) in order to ensure that there be at least one possibility of an appeal against a decision either to grant or to refuse *exequatur* or registration. Other delegations opposed this proposal on the ground that the provision of a method of challenging or reviewing such a decision should be left to national law. The matter remains unresolved.

[30] One delegation proposed (Work. Doc. No 42) the language within brackets to replace the word "expeditiously" in the existing text. Its intention was to give expression in the text of the Convention to the comment of the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 355, that Art. 30 "obliges Contracting States to use [...] the most rapid procedure they possess in their national law". Concerns were expressed that the proposal would constitute too great an intrusion into national law and that certain rapid procedures that are provided for, for example, in the context of regional arrangements, are not necessarily appropriate in a worldwide convention. In a further clarification the co-Reporters pointed out that such a provision would not oblige a State to use a procedure made available specifically for the purposes of a treaty or arrangement to which that State was a Party, but referred to its non-treaty law (*droit commun*). No consensus was reached on this provision.

[31] One delegation proposed (Work. Doc. No 40) this addition with the intention of clarifying the scope of the Article without changing the substance. Other delegations questioned the necessity of this provision and expressed fears about unintended consequences. Reference was also made to Art. 16 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*. Consensus was reached on the substance of this Article.

autre État contractant ou de sa résidence habituelle dans un autre État contractant.

Article 32 Aide judiciaire[32]

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

Article 33 Dommages et intérêts

1 Dans la mesure où un jugement accorde des dommages et intérêts non compensatoires, en ce compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, il est reconnu et exécuté au moins à concurrence du montant des dommages et intérêts similaires ou comparables qui auraient pu être accordés dans l'État requis[33].

2 *a)* Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs[34] ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être données pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter[35] le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine[36].

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

Article 34 Divisibilité

Cet article doit faire l'objet d'un examen supplémentaire, voir le Document de travail No 64.

[32] Une délégation a proposé (voir le Doc. trav. No 43) la suppression de cette disposition de la Convention puisqu'elle soulève des questions constitutionnelles. D'autres délégations n'ont pas considéré cette disposition comme étant essentielle et ont par conséquent suggéré sa suppression. En revanche, pour d'autres délégations cette disposition est d'une grande importance. Une délégation a proposé de résoudre la question par le biais d'un «*opt-in*». Cette proposition a été jugée très constructive par la délégation ayant suggéré sa suppression. La disposition doit faire l'objet d'un examen supplémentaire.

[33] La formulation du para. 1er doit encore être examinée, voir le Doc. trav. No 67.

[34] Les co-Rapporteurs ont expliqué que leur commentaire au No 368 du Rapport Nygh / Pocar selon lequel les termes «manifestement excessifs» doivent, de façon générale, «s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'État d'origine», ne signifie pas que le caractère manifestement excessif des dommages et intérêts doit uniquement être jugé d'après les standards du tribunal d'origine. Cela dépendra des circonstances de chaque affaire, plus particulièrement si le créancier bénéficiaire du jugement réside dans l'État d'origine ou dans l'État requis. Dans ce dernier cas, les standards de l'État requis joueront évidemment un plus grand rôle.

[35] L'ajout des termes soulignés proposé dans le Doc. trav. No 55 vise à clarifier que l'article s'applique tant à la reconnaissance qu'à l'exécution, voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 364 du Rapport Nygh / Pocar. Cette proposition a été approuvée par consensus.

[36] Une délégation a demandé si les dommages et intérêts statutaires (c.-à-d. lorsque la loi détermine le montant à accorder dans le cas d'une violation), les dommages et intérêts préalablement fixés (lorsqu'un contrat détermine le montant à payer en cas d'un manquement) et les intérêts légaux sur les dommages et intérêts décernés étaient couverts par l'art. 33 et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature compensatoire ou non. Les co-Rapporteurs ont indiqué que l'art. 33 pourrait s'appliquer à ces cas et que la classification de ces dommages comme étant compensatoires ou punitifs serait déterminée d'après le droit national du tribunal requis en prenant en considération l'objectif de la disposition en cause, à savoir si elle vise simplement à prévoir la compensation requise pour la victime ou à imposer une pénalité.

is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

Article 32 Legal aid[32]

[Natural persons habitually resident in a Contracting State shall be entitled, in proceedings for recognition and enforcement, to legal aid under the same conditions as apply to persons habitually resident in the requested State.]

Article 33 Damages

1 In so far as a judgment awards non-compensatory, including exemplary or punitive, damages, it shall be recognised and enforced at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed.[33]

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages[34] have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce[35] the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the State addressed in the same circumstances, including those existing in the State of origin.[36]

3 In applying paragraph 1 or 2, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 34 Severability

This Article awaits further consideration: see Working Document No 64.

[32] One delegation proposed (Work. Doc. No 43) that this provision be deleted from the Convention because it raised constitutional concerns. Some other delegations did not consider the provision essential and therefore agreed it could be deleted. But for yet other delegations it was of great importance. One delegation suggested that the issue could be resolved through an "*opt-in*" provision. This suggestion was described as "very constructive" by the delegation which had proposed its deletion. The Article will need further consideration.

[33] The wording of para. 1 is still under consideration, see Work. Doc. No 67.

[34] The co-Reporters explained that the statement at No 368 of the Nygh / Pocar Report to the effect that as a general principle "grossly excessive" was likely to mean "grossly excessive according to the standards [of the] court of the State of origin", did not mean that the question of whether the damages were grossly excessive should only be judged by the standards of the court of origin. This would depend on the circumstances of each case, especially on whether the judgment creditor was a resident of the State of origin or of the requested State. In the latter case, obviously the standards of the requested State would assume greater importance.

[35] The addition of the underlined words was proposed in Work. Doc. No 55 to make clear that the Article applies to both recognition and enforcement, see the comments of the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 364. The proposal was accepted by consensus.

[36] One delegation inquired whether statutory damages (where a statute has determined the amount to be awarded in case of breach), liquidated damages (where a contract has determined the amount to be paid in case of breach) and fixed interest on damages awards would fall within the scope of Art. 33 and, if so, whether their character would be compensatory or non-compensatory. The co-Reporters indicated that Art. 33 would be applicable in such cases and that the classification of such damages as compensatory or punitive would be determined according to the national law of the requested court taking into account whether the provision in question merely sought to estimate what was required to compensate the plaintiff or sought to impose a penalty.

Article 35 Actes authentiques

[1 Chaque État contractant peut déclarer qu'il exécutera, sous réserve de réciprocité, les actes authentiques reçus et exécutoires dans un autre État contractant.][37] [Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête[38], déclarés exécutoires dans un autre État contractant.][39]

2 L'acte authentique doit avoir été établi par une autorité publique ou un délégataire de l'autorité publique et l'authentification doit porter non seulement sur la signature mais aussi sur le contenu de l'acte[40].

[3 Les dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution figurant dans ce chapitre sont applicables, en tant que de besoin.][41]

[*Article X*[42]

Tout État contractant peut faire connaître au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la présente Convention, ou à tout moment ultérieure, au moyen d'une déclaration, qu'il n'appliquera pas l'article 35, ou qu'il l'appliquera sous condition de réciprocité[43].][44]

Article 36 Transactions[45]

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

Article 35 Authentic instruments

[1 Each Contracting State may declare that it will enforce, subject to reciprocity, authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in another Contracting State.][37] [Authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in a Contracting State shall, upon request,[38] be declared enforceable in another Contracting State.][39]

2 The authentic instrument must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority and the authentication must relate to both the signature and the content of the document.[40]

[3 The provisions concerning recognition and enforcement provided for in this Chapter shall apply as appropriate.][41]

[*Article X*[42]

Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to, this Convention, or at any time thereafter, make a declaration that it will not apply Article 35, or that it will apply that Article subject to reciprocity.[43]][44]

Article 36 Settlements[45]

Settlements to which a court has given its authority shall be recognised, declared enforceable or registered for enforcement in the State addressed under the same conditions as judgments falling within the Convention, so far as those conditions apply to settlements.

[37] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Selon ce texte, les États voulant bénéficier de l'art. 35 doivent expressément l'adopter sur une base de réciprocité avec les autres États faisant une déclaration similaire.
[38] Un examen supplémentaire sera requis afin de clarifier ce qu'on entend par l'expression « sur requête » ou si la méthode et la forme pour soumettre la requête (par écrit, à un tribunal ou une autre instance) doivent être déterminées par le droit national.
[39] Ce texte est proposé dans le Doc. trav. No 62. Selon ce texte, à défaut d'une déclaration telle que celle proposée dans l'art. X ci-dessus, l'art. 35 s'appliquera à tous les États contractants. Aucune des versions présentées n'a fait l'objet d'un consensus.
[40] Ce paragraphe a été approuvé par consensus.
[41] Il a été décidé de maintenir ce paragraphe entre crochets.
[42] Si cette disposition est acceptée, elle sera vraisemblablement incluse dans les Dispositions finales de la Convention. Si elle est acceptée, elle donnera aux États contractants les options suivantes :
– dans aucun cas n'appliquer l'art. 35 ;
– appliquer l'art. 35 sous condition de réciprocité ; ou
– appliquer l'art. 35 sans exiger la réciprocité, c'est-à-dire lorsqu'un État contractant est prêt à donner effet aux actes authentiques bien qu'il ne connaisse pas cette institution dans son droit national.
[43] Il reste à décider si la réciprocité doit être requise.
[44] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette disposition.
[45] Cet article a été approuvé par consensus.

[37] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. According to that text States wishing to take advantage of Art. 35 should specifically elect to adopt it on the basis of reciprocity with other States making a similar declaration.
[38] Further discussion will be necessary to clarify what is meant by the words "upon request" or whether the method and form of making the request (in writing, to a court or other instance) should be left to national law.
[39] This text is proposed in Work. Doc. No 62. According to this text, Art. 35 will apply to all Contracting States in the absence of a declaration as envisaged in the proposed Art. X below. No consensus was reached on the version of para. 1 to be preferred.
[40] This paragraph was accepted by consensus.
[41] It was decided that this paragraph should remain within square brackets.
[42] This provision, if accepted, will probably be placed among the Final Provisions of the Convention. If accepted, it will give Contracting States the following options:
– not to apply Art. 35 under any circumstances;
– to apply Art. 35 on condition of reciprocity; or
– to apply Art. 35 without requiring reciprocity, that is, where a Contracting State is prepared to give effect to authentic instruments, although it does not provide for that institution under its domestic law.
[43] It remains to be decided whether reciprocity should be required.
[44] There was no consensus as regards this provision.
[45] This Article was approved by consensus.

Documents de travail Nos 90 à 97

Working Documents Nos 90 to 97

Distribués le lundi 18 juin 2001

Distributed on Monday 18 June 2001

No 90 – Proposal of the delegation of the United States of America

Amendments to Article 10:

Article 10 Torts ~~or delicts~~

1 A plaintiff may bring an action in tort ~~or delict~~ in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.

2 A plaintiff may bring an action in tort in the courts of the State in which the defendant has engaged in frequent or significant activity, or has directed such activity into that State, provided that the claim arises out of that activity and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State.

~~2 Paragraph 1 *b)* shall not apply to injury caused by anti-trust violations, in particular price-fixing or monopolisation, or conspiracy to inflict economic loss.~~

~~3 A plaintiff may also bring an action in accordance with paragraph 1 when the act or omission, or the injury may occur.~~

~~4 If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose or may occur there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred or may occur in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.~~

Note:

This entire Article must be considered in light of the competing concerns of electronic commerce industries.

No 91 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article XXX Ratification and deposit of declarations on entry into force of the Convention between Contracting States

1 This Convention shall become effective between any two Contracting States on the date of entry into force provided that the two States have each deposited a declaration confirming the entry into force between the two States of treaty relations under this Convention.

2 At the time of deposit of its instrument of ratification or accession, or at any time thereafter, each State shall deposit with the depositary a copy of its declarations concerning all Contracting States with which the State will enter into treaty relations under the Convention. A Contracting State may withdraw or modify a declaration at any time.

3 The depositary shall circulate all declarations received to all Contracting States and to all Member States of the Hague Conference.

4 The Hague Conference on Private International Law shall regularly publish information reporting on the declarations that have been deposited pursuant to this Article.

Note:

Under this Article each Contracting State would issue declarations concerning other Contracting States with which it determined to enter into treaty relations. A State could later withdraw or modify such a declaration. Reciprocal declarations would be required to establish treaty relations under the Convention for all Contracting States.

No 92 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

[...]

2 ~~In particular,~~ Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis ~~solely of one or more~~ of the following –

[...]

x) the existence of a related criminal action in that State.

[...]

No 93 – Proposition de la délégation du Japon – Proposal of the delegation of Japan

Article 31 Frais de procédure

1 [...]

2 Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans l'un des États contractants contre toute personne dispensée du dépôt en vertu du paragraphe premier, seront, à la demande du créancier, rendues gratuitement exécutoires dans tout autre État contractant.

* * *

Article 31 Costs of proceedings

1 [...]

2 An order for payment of costs and expenses of proceedings, made in one of the Contracting States against any person exempt from requirements as to securities, bond or deposit by virtue of paragraph 1, shall, on application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable without charge in any other Contracting State.

Note:

See Article 15 of the Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice *and Article 18 of the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure.*

No 94 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 0 Objet de la Convention[1]

1 La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale devant les tribunaux des États contractants ainsi qu'aux actes authentiques et aux transactions en cette matière.

2 Le chapitre II énonce les chefs de compétence communs sur lesquels les tribunaux des États contractants fondent leur compétence. Les jugements rendus sur la base de ces compétences sont reconnus ou exécutés dans les autres États contractants selon la présente Convention.

3 Le chapitre III prévoit la compétence des tribunaux des États contractants fondée sur la loi nationale. Les jugements rendus sur cette base ne sont pas reconnus ou exécutés dans les États contractants en vertu de cette Convention.

4 Le chapitre IV énonce les compétences interdites en vertu de la Convention. Un jugement rendu sur la base d'une de ces compétences ne sera pas reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

5 Le chapitre V porte sur les mesures provisoires et conservatoires.

6 Les chapitres VI et VII contiennent, respectivement, des dispositions générales et finales liées à l'application de cette Convention.

Structure de la Convention :

Chapitre II Compétence, reconnaissance et exécution en vertu de la Convention
- Section 1 : Chefs de compétence communs
- Section 2 : Reconnaissance et exécution
- Section 3 : Dispositions complémentaires et de procédure

Chapitre III Compétence, reconnaissance et exécution en vertu de la loi nationale des États contractants

Chapitre IV Interdiction de compétence, de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention

Chapitre V Mesures provisoires et conservatoires

Chapitre VI Dispositions générales

Chapitre VII Dispositions finales

* * *

Article 0 Object of the Convention[1]

1 The Convention applies to civil and commercial matters before courts of Contracting States and to authentic instruments and settlements in these matters.

2 Chapter II sets out common grounds of jurisdiction for the courts of Contracting States. Judgments rendered on such grounds shall be entitled to recognition or enforcement in the other Contracting States under this Convention.

3 Chapter III refers to the jurisdiction of the courts of Contracting States under national law. Judgments rendered on such basis shall not be entitled to recognition or enforcement in Contracting States under this Convention.

4 Chapter IV sets out the grounds of jurisdiction which are prohibited under the Convention. A judgment rendered on such a ground shall not be recognised or enforced in another Contracting State.

5 Chapter V deals with provisional and protective measures.

6 Chapters VI and VII contain, respectively, general and final provisions related to the application of this Convention.

Structure of the Convention:

Chapter II Jurisdiction, recognition and enforcement under the Convention
- Section 1: Common grounds of jurisdiction
- Section 2: Recognition and enforcement
- Section 3: Ancillary and procedural provisions

Chapter III Jurisdiction, recognition and enforcement under the national law of Contracting States

Chapter IV Prohibition of jurisdiction, recognition and enforcement under the Convention

Chapter V Provisional and protective measures

Chapter VI General provisions

Chapter VII Final provisions

No 95 – Proposition du Groupe de travail sur les mesures provisoires et conservatoires – Proposal of the Working Group on Provisional and Protective Measures

Variante No 1

Article [13]

1 Un tribunal saisi de l'action au fond et compétent pour en connaître en vertu des articles [liste blanche] est compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires.

2 Un tribunal d'un État contractant [peut] [est compétent de], même lorsqu'il n'est pas compétent pour connaître du fond d'un litige, ordonner une mesure provisoire et conservatoire limitée aux biens situés dans cet État ou dont l'exécution est limitée au territoire de cet État, si cette mesure est destinée à la protection temporaire des droits qui font l'objet de l'action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un État contractant dont les tribunaux sont compétents pour en connaître en vertu des articles [liste blanche].

3 Aucune des dispositions de la Convention n'empêche un tribunal d'un État contractant d'ordonner une mesure provisoire et conservatoire destinée à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un autre État.

[1] Version révisée de la proposition figurant au Doc. trav. No 4.
[1] Revised version of the proposal contained in Work. Doc. No 4.

Doc.trav./Work.Docs Nos 90-97

4 Le terme « mesure provisoire et conservatoire » visé au paragraphe 3 comprend :

a) une mesure visant à préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché, ou

b) une mesure visant à bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à satisfaire la condamnation du jugement à intervenir, ou

c) une mesure visant à limiter le comportement d'un défendeur pour empêcher un dommage imminent ou faire cesser un dommage actuel.

Article 17 Compétence fondée sur le droit national

Biffer la référence à l'article 13.

Article [23A] Reconnaissance et exécution des mesures provisoires et conservatoires

1 Une décision qui ordonne une mesure provisoire et conservatoire prise par le tribunal saisi de l'action au fond est reconnue et exécutée dans les États contractants conformément aux articles [25, 27 à 34].

2 Le terme « mesure provisoire et conservatoire » visé au paragraphe premier comprend :

a) une mesure visant à préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché, ou

b) une mesure visant à bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à satisfaire la condamnation du jugement à intervenir, ou

c) une mesure visant à limiter le comportement d'un défendeur pour empêcher un dommage imminent ou faire cesser un dommage actuel.

Variante No 2

Article premier Champ d'application matériel

1 [...]

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

[...]

i) les mesures provisoires ou conservatoires autres qu'une mesure de paiement provisoire.

* * *

Variant One[1]

Article 13

1 A court seised[2] and having jurisdiction under Articles [white list] to determine the merits of the case has jurisdiction to order provisional and protective measures.

2 A court of a Contracting State [may] [has jurisdiction to], even where it does not have jurisdiction to determine the merits of a claim, order a provisional and protective measure in respect of property in that State or the enforcement of which is limited to the territory of that State, to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in a Contracting State which has jurisdiction to determine that claim under Articles [white list].

3 Nothing in this Convention shall prevent a court in a Contracting State from ordering a provisional and protective measure for the purpose of protecting on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in another State.

4 In paragraph 3[3] a reference to a provisional and protective measure means –

a) a measure to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or

b) a measure providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

c) a measure to restrain conduct by a defendant to prevent current or imminent future harm.

Article 17 Jurisdiction based on national law

Delete the reference to Article 13 in Article 17.

Article [23A][4] Recognition and enforcement of provisional and protective measures[5]

1 A decision ordering a provisional and protective measure, which has been taken by a court seised[6] with the claim on the merits, shall be recognised and enforced in Contracting States in accordance with Articles [25, 27 to 34].

2 In this Article a reference to a provisional and protective measure means –

a) a measure to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or

b) a measure providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

c) a measure to restrain conduct by a defendant to prevent current or imminent future harm.

Variant Two

Article 1 Substantive scope

1 [...]

2 The Convention does not apply to –

[...]

i) provisional and protective measures other than interim payment orders.[7]

[1] Some delegations suggest that provisional and protective measures should be dealt with in a separate chapter in the Convention.
[2] Some delegations suggest that it would be sufficient if a court is seised after a provisional and protective measure is made.

[3] Some delegations would prefer that this definition apply also to paras 1 and 2.
[4] Note that there may be a need for a consequential amendment to Art. 23A.
[5] Note that there may be a need to address:
– the extent to which similar relief is known in the State of the court addressed;
– procedures to safeguard the interests of third parties or of the defendant (*e.g.*, undertaking to pay damages).
[6] Some delegations suggest that it would be sufficient if a court is seised after a provisional and protective measure is made as long as it is already seised by the time recognition and enforcement of the provisional measure is sought abroad.
[7] The intention is to exclude provisional and protective measures from the scope of the Convention but to ensure that interim payment orders are covered in the black list. A provision should be included in the Chapter on recognition and enforcement to clarify that interim payment orders will not be recognised or enforced under the Convention.

No 96 – Proposition de la délégation de la République fédérale d'Allemagne – Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany

Article 18 Compétences interdites

2 [...]

~~*a) la présence ou la saisie dans cet État de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens;*~~

Raisonnement :

La liste noire devrait être équilibrée et devrait contenir des chefs de compétence exorbitants de tous les États contractants.

* * *

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction

2 [...]

~~*a) the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;*~~

Rationale:

The black list should be balanced and should include exorbitant grounds of jurisdiction of all Contracting States.

No 97 – Proposition des délégations de l'Argentine, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la Norvège – Proposal of the delegations of Argentina, Australia, New Zealand and Norway

LE BUT – BÂTIR SUR LE NOYAU D'UNE CONVENTION – UN PROCESSUS EN TROIS ÉTAPES

La présente proposition expose un processus qui permet de conserver les résultats du travail accompli ces dernières huit années, et d'assurer que nous aboutissions à une Convention susceptible d'être acceptée à l'échelle mondiale. Nous ne suggérons pas de jeter aux oubliettes tout le travail accompli, ni de nous contenter d'une Convention à portée limitée. Nous sommes cependant d'avis que notre travail doit se faire par étapes. Nous suggérons un processus en trois étapes :
Première étape : identifier les dispositions centrales de la Convention, sur lesquelles il y a consensus ou quasi-consensus ;
Deuxième étape : parfaire ces dispositions, et ajouter d'autres articles sur lesquels un consensus est possible, afin d'avoir une Convention qui puisse être acceptée par consensus lors de la deuxième partie de la Session diplomatique ;
Troisième étape : examiner périodiquement la Convention, afin d'élargir la Convention initiale à l'avenir.
Au cours des derniers huit ans, une quantité extraordinaire de travail a été accomplie pour préparer une Convention réussie sur la compétence et les jugements étrangers. Des questions importantes de politique ont été discutées et résolues par consensus ou quasi-consensus, notamment :
– le concept d'une convention mixte ;
– le champ d'application matériel ;
– l'inclusion dans la liste blanche des compétences fondées sur une élection de for, sur la résidence habituelle du défendeur, sur la situation d'une succursale, agence ou autre établissement, et pour les demandes reconventionnelles ;
– certains candidats déclarés pour la liste noire ;
– les procédures concurrentes et les circonstances dans lesquelles le tribunal peut refuser d'exercer la compétence ;
– les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution ;
– la question des dommages-intérêts « excessifs ».
En plus, le consensus ou quasi-consensus a été atteint sur la rédaction de plusieurs dispositions centrales.
Des désaccords importants subsistent entre les délégations – certains qui concernent des aspects fondamentaux de politique, d'autres contenant des éléments politiques qui peuvent cependant être résolus, et d'autres encore à propos de la meilleure approche à suivre pour mettre en œuvre des objectifs politiques communs.
Nous pensons qu'il serait très utile, à ce stade de notre travail, de faire une pause et de se concentrer sur ce qui a été accompli jusqu'à présent, d'en reconnaître la valeur indéniable, et de s'en servir comme point de départ pour nos futurs travaux.
Un élément essentiel de cette proposition est l'engagement d'examiner la Convention à l'avenir, soit à peu près tous les cinq ans, dans le but de la compléter. Ces examens profiteraient de l'expérience du fonctionnement pratique de la Convention initiale et d'une meilleure compréhension des questions de commerce électronique dont nous avons débattu. Un projet de clause d'examen de la Convention figure ci-dessous.
Les avantages d'un texte qui se concentre sur les points de consensus ou quasi-consensus sont les suivants :
– avoir un document plus utile aux fins de consultation ;
– éviter les dispositions qui sont sujettes à controverse et qui nous détournent des questions centrales ;
– nous concentrer sur les points de consensus probable et souligner le progrès fait à ce jour.
L'approche de la convention mixte nous permet de ne pas devoir résoudre toutes les questions possibles avant d'achever (et de ratifier) une convention. Lorsqu'un sujet n'est pas mûr pour être décidé dans un avenir proche, nous pouvons maintenir le statu quo, *et y revenir plus tard. Nous devrions essayer de résoudre tout ce que nous pouvons résoudre et ne devrions pas abandonner ce projet pour la seule raison que nous ne parvenons pas à un accord sur tous les points.*
Même si nous n'allions pas au-delà des dispositions énumérées dans la liste des articles de la « première étape » jointe en annexe, cela représenterait néanmoins un pas très important vers la sécurité juridique et de la justice dans les transactions transfrontières. Il s'agirait de bien davantage qu'un équivalent pour les tribunaux étatiques de la Convention de New York de 1958 – ce qui serait en soi déjà un résultat substantiel. De nombreux cas seraient couverts et le soutien dont une telle convention bénéficierait entraînerait probablement une ratification importante.
Nous demandons aux délégations de ne pas rejeter ce processus pour la seule raison qu'elles ne trouvent pas dans la liste de la première étape tous les sujets qu'elles auraient souhaités y voir. Nous ne devons pas laisser des conceptions différentes de ce que serait une convention idéale nous empêcher de parvenir à un résultat plus restreint, mais néanmoins valable. Ce serait vraiment gâcher une occasion unique ainsi que les efforts et les idées exceptionnels de tous ceux qui ont travaillé sur ce projet.

LA CONVENTION INITIALE – SON CONTENU

Nous nous attendons à ce que la Convention conclue à la prochaine réunion de la Session diplomatique comprenne :
– les articles énumérés dans la liste ci-après ; et
– d'autres articles sur lesquels un consensus se fait pendant la période précédant cette réunion.
La plupart des articles énumérés dans la liste font l'objet d'un consensus ou d'un quasi–consensus. Nous sommes

Doc.trav./Work.Docs Nos 90-97

certains que nous pouvons trouver un accord sur leur contenu et la rédaction – 90 % du travail a déjà été accompli.
Les sujets supplémentaires dont nous pourrions discuter dans un avenir proche afin, en cas d'accord, de les inclure dans le noyau de la Convention, sont notamment :
– les actions délictuelles se rapportant à des actes commis alors que le défendeur est situé dans l'État, ou qui concernent les dommages corporels ou matériels ;
– un élément de compétence fondée sur l'activité dans la liste blanche ;
– un élément de « doing business » dans la liste noire ;
– les trusts ;
– les actions contractuelles.

ACTIONS PROCHAINES

Nous suggérons que la Commission II :
– adopte ce processus en trois étapes, en prenant comme point de départ la liste d'articles ci-jointe ;
– recommande à la Commission I que la deuxième partie de cette Session diplomatique soit convoquée en 2002.

LISTE DES DISPOSITIONS CENTRALES DE LA CONVENTION

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier Champ d'application matériel

Article 1 bis *[Structure de la Convention (nouvelle disposition « carnet de route » incorporant l'article 17 – Compétence fondée sur le droit national)]*

CHAPITRE II – COMPÉTENCE ET MATIÈRES RELATIVES À LA COMPÉTENCE

Article 2 Champ d'application du chapitre II (incorporant l'ancien article 2 – Champ d'application territorial)

SOUS-CHAPITRE IIA – COMPÉTENCE

Article 3 For du défendeur

Article 4 Élection de for

Article 9 Succursales

Article 15 Demande reconventionnelle

SOUS-CHAPITRE IIB – COMPÉTENCES INTERDITES

Article 18 Compétences interdites[1]

SOUS-CHAPITRE IIC – PROCÉDURE

Article 18 bis *Droit du défendeur à contester la compétence (ancien article 5)*

Article 19 Autorité du tribunal saisi

Article 21 Litispendance

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 Définition du terme « jugement »

Article 24 Application du chapitre III (basé sur les anciens articles 24, 25 et 26)

Article 25 Jugements doivent être exécutoires dans l'État d'origine (ancien article 25(3))

Article 26 Jugements qui font l'objet d'un recours dans l'État d'origine (ancien article 25(4))

Article 27 Vérification de la compétence

Article 27 bis *Comparution du défendeur*

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

Article 29 Pièces à produire

Article 30 Procédure

Article 31 Frais de procédure

Article 33 Dommages et intérêts

Article 34 Reconnaissance ou exécution partielle

Article 36 Transactions

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 Rapport avec d'autres Conventions

Article 38 Interprétation uniforme

Article 39 Renseignements au sujet du fonctionnement de la Convention

[Article 40 Comité d'experts]

Article 40 bis *Réunions d'examen de la Convention*

Article 40 ter *Modifications à la Convention*

Article 41 Clause fédérale

Article 42 Signature et ratification par les États membres

Article 43 Adhésion par les États non membres

Article 44 Entrée en vigueur

Article 45 Dénonciation

Article 46 Notification par le dépositaire

Article 47 Définitions

[1] Comprenant au moins le for des biens, la nationalité du demandeur, la nationalité du défendeur, le domicile, la résidence ou la présence du demandeur, la présence temporaire du défendeur, la présence ou la saisie de biens (pour des litiges non liés à ces biens), les procédures de reconnaissance / d'exécution d'un jugement (pour des demandes non liées à ces procédures), la désignation unilatérale (pas dans des clauses contractuelles), la simple exécution d'un contrat. Certaines délégations réservent leur avis en ce qui concerne la compétence fondée sur le « *doing business* ».

CLAUSE D'EXAMEN DE LA CONVENTION – PROJET DE DISCUSSION

Article 40 bis *Réunions d'examen de la Convention*

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoquera, cinq ans après l'entrée en vigueur de la Convention, et par la suite à intervalles réguliers, une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique de la Convention, et de considérer des propositions pour la modification de la Convention. L'examen peut inclure, sans y être limité, la possibilité de modifier ou de compléter:

a) les bases de compétence prévues par la Convention, telles qu'elles figurent dans le chapitre II; et

b) les compétences interdites indiquées à l'article 18.

* * *

THE GOAL – BUILDING ON THE CORE OF A CONVENTION – A THREE-STAGE PROCESS

This proposal sets out a process for capturing the benefit of the work done over the last eight years or so on this project, and ensuring we achieve a Convention capable of worldwide ratification. We are not suggesting that this work be discarded, or that we settle for a limited Convention. We are however suggesting that our work may need to proceed in stages. We suggest a three-stage process:
Stage One: identify the core provisions of the Convention, on which there is consensus or near-consensus;
Stage Two: perfect those provisions, and add further provisions on which consensus can be reached, with a view to concluding a Convention which enjoys consensus support at the second part of the Diplomatic Session;
Stage Three: conduct periodic reviews of the Convention, with a view to building on the initial Convention over time.
Over the past eight years or so, an extraordinary amount of work has been carried out to prepare a successful Convention on jurisdiction and foreign judgments. Major issues of policy have been addressed, and resolved on a consensus or near-consensus basis, including:
– the "mixed convention" approach;
– substantive scope;
– inclusion in the white list of jurisdiction based on a forum clause, the defendant's habitual residence, the presence of a branch, agency or establishment, and for counter-claims;
– some clear candidates for the black list;
– issues in relation to concurrent proceedings;
– grounds for refusal of recognition or enforcement;
– issues in relation to "excessive" damages.
In addition, consensus or near-consensus has been reached on the drafting of a number of central provisions.
There remain significant differences between delegations – some on fundamental aspects of policy, some with policy elements capable of being bridged, and some on the best approach to giving effect to essentially common policy objectives.
We believe that it is helpful, at this stage in our work, to pause and focus on what has been achieved to date, confirm its great value, and use it as the stepping stone for further work in the near future.
An integral element of this proposal is a commitment to review the Convention in the future, every five years or so, with a view to expanding it further. The reviews would benefit from experience of the operation of the initial Convention, and a better understanding of the e-commerce issues we have been grappling with. A draft review provision is set out below.
The advantages of a text which focuses on areas of consensus or near-consensus include:
– having a more useful document for consultation purposes;
– avoiding provisions that are controversial, and likely to distract attention from the main issues;
– focusing attention on the areas of likely consensus, and emphasising how much has been achieved to date.
The mixed convention approach means that we do not have to solve all possible issues before completing (and ratifying) a convention. Where an issue is not ripe for resolution in the immediate future, we can preserve the status quo, and return to it at a later date. While we should try to solve what we can, we should not abandon the project because we cannot agree on all issues.
Even if we could not go beyond the provisions identified in the attached lot of "Stage One" Articles, this would represent a very significant step towards increased certainty and justice in cross-border dealings. It would go well beyond merely being a court-based equivalent of the New York Convention on Arbitration of 1958 – in itself a significant achievement. A significant number of cases would be covered. And the consensus support it would enjoy would make widespread ratification much more likely.
We urge delegations not to reject this process simply because they do not find in the Stage One list all the topics which they might have wished. We must not let competing conceptions of the "best" distract us from achieving something more limited, but very worthwhile. That would be a tragic waste of a unique opportunity, and of the hard work and insights of the many people who have worked on this project.

THE INITIAL CONVENTION – CONTENTS

We anticipate that the Convention concluded at the next meeting of the Diplomatic Session would contain:
– the Articles listed in the outline below; and
– additional provisions that we can agree to on a consensus basis in the lead-up to that meeting .
Most of the provisions listed in the attached outline are the subject of consensus or near-consensus. We are confident that agreement can be reached on their content and their drafting – 90% of the work has already been done.
Additional topics that we could discuss in the near future, for inclusion in the core Convention if widespread agreement can be reached, include:
– tort claims in respect of acts done while present in a State, personal injury, and damage to tangible property;
– an element of activity based jurisdiction in the white list;
– an element of "doing business" jurisdiction in the black list;
– trusts;
– contract claims.

NEXT STEPS

We suggest that Commission II:
– adopt this three-stage process, taking the attached list of Articles as the starting point;
– recommend to Commission I that the second session of this Diplomatic Session be convened in 2002.

OUTLINE OF CORE PROVISIONS OF THE CONVENTION

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 Substantive scope

Doc.trav./Work.Docs Nos 90-97

Article 1 bis *[Structure of the Convention (new "road map" provisions incorporating Article 17 – Jurisdiction based on national law)]*

CHAPTER II – JURISDICTION AND RELATED MATTERS

Article 2 Application of Chapter II (incorporating former Article 2 – Territorial scope)

SUB-CHAPTER IIA – GROUNDS OF JURISDICTION

Article 3 Defendant's forum

Article 4 Choice of court

Article 9 Branches

Article 15 Counter-claims

SUB-CHAPTER IIB – PROHIBITED GROUNDS OF JURISDICTION

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction[1]

SUB-CHAPTER IIC – PROCEDURAL MATTERS

Article 18 bis *Defendant's right to contest jurisdiction (former Article 5)*

Article 19 Authority of the court seised

Article 21 Lis pendens

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 Definition of "judgment"

Article 24 Application of Chapter III (based on former Articles 24, 25, 26)

Article 25 Judgments must be enforceable in State of origin (former Article 25(3))

Article 26 Judgments subject to review in State of origin (former Article 25(4))

Article 27 Verification of jurisdiction

Article 27 bis *Appearance without protest*

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

Article 29 Documents to be produced

Article 30 Procedure

Article 31 Costs of proceedings

Article 33 Damages

Article 34 Partial recognition or enforcement

Article 36 Settlements

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 Relationship with other Conventions

Article 38 Uniform interpretation

Article 39 Information concerning operation of the Convention

[Article 40 Committee of experts]

Article 40 bis *Review meetings*

Article 40 ter *Amendments to the Convention*

Article 41 Federal clause

Article 42 Signature and ratification by Member States

Article 43 Accession by non-Member States

Article 44 Entry into force

Article 45 Denunciation

Article 46 Notifications by depositary

Article 47 Definitions

REVIEW CLAUSE – PRELIMINARY DISCUSSION DRAFT

Article 40 bis *Review meetings*

Five years after the entry into force of this Convention, and at regular intervals thereafter, the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall convoke a Special Commission to review the practical operation of the Convention, and to consider any proposals for amendment to the Convention. The review may include, but is not limited to, the desirability of modifying or adding to –

a) the grounds on which jurisdiction may be exercised under the Convention, as set out in Chapter II; and

b) the prohibited grounds of jurisdiction specified in Article 18.

[1] Including at least tag jurisdiction; plaintiff's nationality; defendant's nationality; plaintiff's domicile, residence or presence; defendant's temporary presence; presence or seizure of property (for unrelated claims); enforcement / registration of judgment proceedings (for unrelated claims); unilateral designation (not in contractually binding provisions); mere formal execution of a contract. Some delegations reserve their position with regard to "doing business" jurisdiction.

Distribué le mardi 19 juin 2001

No 98 – Résumé provisoire des résultats des discussions de la Commission II

Afin de faciliter la lecture, ce résumé suit l'ordre des articles tel que prévu dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il est entendu que la structure et la forme de la Convention restent à discuter.

Article premier Champ d'application matériel

1 La Convention s'applique en matière civile et commerciale[1]. Elle ne comprend pas, notamment, les matières fiscales, douanières et autres[2] matières administratives[3].

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

a) l'état et la capacité des personnes ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues ;

d) les testaments et successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues ;

f) la sécurité sociale ;

g) l'arbitrage et les procédures y afférentes[4] ;

h) les matières maritimes ;

[*i)* les entraves à la concurrence (anti-trust) ;][5]

[1] Il a été proposé (voir le Doc. trav. No 4) d'ajouter les termes « devant les tribunaux des États contractants ». Cette proposition sera discutée ultérieurement. Voir le commentaire dans le Rapport Nygh / Pocar (Doc. prél. No 11 d'août 2000, ci-dessus p. 206 du présent tome), au No 28, indiquant qu'il y avait un consensus lors de la Commission spéciale pour limiter l'application de la Convention aux instances (procédures) devant les tribunaux. La Session diplomatique ne semble pas vouloir s'écarter de ce consensus à l'exception éventuelle des instruments authentiques (voir l'art. 35 ci-dessous).

[2] Il y a eu accord pour ajouter le terme « autres » indiquant que les matières fiscales et douanières sont également de nature administrative.

[3] Certaines délégations ont exprimé le désir de clarifier davantage le sens et la portée de l'expression « matières administratives ». Une tentative d'apporter davantage de clarification a été faite (voir le Doc. trav. No 16), mais n'a pas obtenu de consensus. Cette clarification aurait en outre fusionné les para. 3 et 1er.

[4] Si le para. 3 (voir ci-dessous) était accepté, il faudrait supprimer l'alinéa *g)*.

[5] Voir les Doc. trav. Nos 1, 3 et 24. La proposition visant à exclure du domaine de la Convention certains aspects visés aux États-Unis d'Amérique par l'expression « *anti-trust* », comme les actions contre l'exercice d'un monopole, les fusions et les acquisitions qui réduisent de façon significative la concurrence, les pratiques de prix discriminatoire, d'entente de prix ou de prix imposé, les contrats d'exclusivité, a été reçue avec intérêt. En revanche, il a été reconnu qu'un terme tel que « concurrence déloyale » (*unfair competition*) est trop large puisque dans certains systèmes cela pourrait inclure des matières comme le *passing off* et la violation des droits d'auteur et de brevets. La difficulté consiste à trouver les termes appropriés pour définir le domaine à exclure tout en étant compréhensible au plan international. Il est à noter que si une rédaction appropriée est trouvée, l'art. 10(2) pourrait être supprimé.

Distributed on Tuesday 19 June 2001

No 98 – Provisional Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II

For the sake of clarity this summary follows the order of the Articles as set out in the preliminary draft Convention of October 1999. It is understood that the structure and form of the Convention awaits final discussion.

Article 1 Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters.[1] It shall not extend in particular to revenue, customs or other[2] administrative matters.[3]

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g) arbitration and proceedings related thereto;[4]

h) admiralty or maritime matters;

[*i)* anti-trust or competition claims;][5]

[1] It has been proposed (see Work. Doc. No 4) to add the words "before courts of Contracting States". This proposal will be discussed later. Note the statement in the Nygh / Pocar Report (Prel. Doc. No 11 of August 2000, *supra* p. 207 of this tome), at No 28, that there was a consensus in the Special Commission that the application of the Convention should be confined to proceedings before courts. There was no suggestion in the Diplomatic Session that this consensus should be departed from with the possible exception of authentic instruments (see Art. 35 below).

[2] It was agreed to add the word "other" in order to indicate that revenue and customs matters are also of an administrative nature.

[3] A desire was expressed on the part of certain delegations for further clarification of the meaning and scope of "administrative matters". An attempt to provide further clarification was made (see Work. Doc. No 16), but this did not achieve consensus. That clarification would also have merged para. 3 with para. 1.

[4] If para. 3 (see below) were to be accepted, this sub-paragraph should be deleted.

[5] See Work. Docs Nos 1, 3 and 24. There is a positive approach towards the proposal that certain aspects of what is covered in the United States of America by the term "anti-trust claims", such as actions against monopolisation, mergers and acquisitions that substantially lessen competition, price discrimination and fixing, and exclusive dealing, be excluded from the Convention. On the other hand, it was acknowledged that words such as "unfair competition" (*concurrence déloyale*) went too far since in certain systems it might include matters such as passing off and infringement of copyright and patents. The problem remains of finding the appropriate terminology to define the area to be excluded and which can be understood at international level. It should be noted that, should a suitable formulation be found, Art. 10(2) could be deleted.

[*j*) la responsabilité en matière nucléaire ;][6]

[*k*) les mesures provisoires et conservatoires autres que des ordonnances de paiement provisoire ;][7]

[*l*) autres questions à discuter ultérieurement en ce qui a trait à l'article 12][8].

[3 La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage ni aux procédures y afférentes. Elle n'exige pas d'un État contractant de reconnaître ou d'exécuter un jugement si l'exercice de la compétence par le tribunal d'origine n'était pas conforme à une convention d'arbitrage.][9]

4 Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie.

5 La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

Article 2 Champ d'application territorial

Cette question n'a pas encore été discutée.

Article 3 For du défendeur[10]

1 Sous réserve des dispositions de la Convention, un défendeur peut être attrait devant les tribunaux de l'État de sa résidence [habituelle].

[2 Aux fins de la Convention, une personne physique est réputée résidente :

a) si cette personne est résidente dans un seul État, dans cet État ;

b) si cette personne est résidente dans plusieurs États,

i) dans l'État de sa résidence principale ; ou

ii) si cette personne n'a pas de résidence principale dans aucun État, dans chaque État dans lequel cette personne est résidente.][11]

3 Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être [habituellement] résidente dans l'État :

a) de son siège statutaire,

b) selon la loi duquel elle a été constituée,

[6] Il n'y a pas eu de consensus sur le principe de l'exclusion proposée.

[7] Ce texte correspond à la variante 2 du Doc. trav. No 95. L'objectif est d'exclure du champ d'application de la Convention les mesures provisoires et conservatoires, tout en s'assurant que la compétence pour ordonner un paiement provisoire demeure soumise à la liste des chefs de compétence interdits. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[8] Voir Doc. trav. No 4.

[9] Cette proposition (voir le Doc. trav. No 52) vise à tenir compte du souhait exprimé par plusieurs délégations de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu au mépris d'une convention d'arbitrage ou qui est contraire à une sentence arbitrale. Il n'existe pas de consensus au sujet de cette proposition.

[10] Il y a consensus sur le for du défendeur en tant que chef de compétence générale.

[11] Certaines délégations sont de l'avis que la « résidence habituelle » a acquis une signification trop technique dans l'interprétation des précédentes Conventions de La Haye, en particulier de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. D'autres délégations ont favorisé la continuité du concept établi de « résidence habituelle » et ont craint que « résidence » ne constitue un lien trop faible. Il a été souligné qu'en vertu de la version actuelle de l'art. 18(2) *i)*, « la résidence temporaire [...] du défendeur » est un chef de compétence interdit (mais voir le Doc. trav. No 33). Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[*j*) nuclear liability;][6]

[*k*) provisional or protective measures other than interim payment orders;][7]

[*l*) other matters to be discussed later in relation to Article 12].[8]

[3 This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.][9]

4 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for the State is a party thereto.

5 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 Territorial Scope

This matter has not yet been discussed.

Article 3 Defendant's forum[10]

1 Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of [a] [the] State [in which] [where] that defendant is [habitually] resident.

[2 For the purposes of the Convention, a natural person shall be considered to be resident –

a) if that person is resident in only one State, in that State;

b) if that person is resident in more than one State,

i) in the State in which that person has his or her principal residence; or

ii) if that person does not have a principal residence in any one State, in each State in which that person is resident.][11]

3 For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be [habitually] resident in the State –

a) where it has its statutory seat,

b) under whose law it was incorporated or formed,

[6] There was no consensus on the principle of this proposed exclusion.

[7] This is Variant Two in Work. Doc. No 95. The intention is to exclude provisional and protective measures from the scope of the Convention but to ensure that jurisdiction to make interim payment orders remains subject to the list of prohibited jurisdictions. No consensus exists on this proposal.

[8] See Work. Doc. No 4.

[9] This proposal (see Work. Doc. No 52) is designed to meet the desire expressed by several delegations that a judgment given in breach of an arbitration agreement or contrary to an arbitration award not be recognised or enforced. No consensus exists on this proposal.

[10] There is agreement on the defendant's forum as a forum of general jurisdiction.

[11] Some delegations are of the view that "habitual residence" has acquired too technical a meaning in the interpretation of earlier Hague Conventions, particularly the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. Other delegations favoured continuity of the established concept of "habitual residence" and feared that "residence" provided too slight a connection. Reference was made to the appearance of "the temporary residence [...] of the defendant" in Art. 18(2) *i)*, as it now stands, as one of the prohibited grounds of jurisdiction (but see Work. Doc. No 33). There is no consensus on this point.

c) de son administration centrale, ou

d) de son principal établissement[12].

Article 4 Élection de for

1 Si les parties sont convenues [d'un tribunal ou] [des][13] tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, [ce tribunal ou ces] [les][14] tribunaux [de cet État contractant][15] sont[, sous réserve de la compétence à raison de la matière,][16] seuls compétents, à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Si une clause désigne à titre exclusif [un tribunal ou] [des] tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si [le tribunal ou][17] les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. [La validité d'une telle clause en cas de manque de consentement (notamment en cas de fraude ou de contrainte) ou d'incapacité est soumise au droit national, y compris ses règles de droit international privé.][18]

2 Une telle clause au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue :

a) par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

b) oralement et constatée par écrit par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties ;

d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause[19].

3 Lorsqu'un défendeur accepte expressément la compétence d'un tribunal d'un État contractant et que cette acceptation est par écrit ou constatée par écrit, ce tribunal est compétent[20].

[4 La validité matérielle d'une clause attributive de juridiction est soumise à la loi applicable désignée par les règles de conflit du for.][21]

[12] Il semble y avoir accord sur ce paragraphe, à l'exception de l'inclusion du terme «habituellement», voir note 11 ci-dessus. L'insertion du para. 2 aurait des répercussions sur la numérotation des alinéas.

[13] Il a été proposé de supprimer l'expression «d'un tribunal ou» dans le para. 1er et d'utiliser l'expression «des tribunaux» de l'État désigné. Les auteurs de cette proposition craignaient que le para. 1er permette à un tribunal d'interpréter une clause d'élection de for contenue dans un contrat comme lui attribuant une compétence qu'il ne pourrait exercer en vertu du droit national. Il y a eu accord général pour dire qu'une clause d'élection de for peut conférer compétence sur la personne du défendeur uniquement et non pas sur une matière tombant en dehors de la compétence du tribunal désigné ; voir les commentaires des co-Rapporteurs aux Nos 72 et 73 du Rapport Nygh / Pocar. Toutefois, des doutes ont été formulés quant à la nécessité ou le bien-fondé de cette proposition.

[14] Voir la note 13 ci-dessus.

[15] *Id.*

[16] Ce texte est proposé comme alternative pour résoudre la difficulté évoquée dans la note 13 ci-dessus.

[17] Voir la note 13 ci-dessus.

[18] Cette proposition vise à confirmer que la validité matérielle de la clause d'élection de for est soumise à la loi nationale du for saisi, y compris ses règles de conflit de lois. Elle vise en outre à limiter la validité matérielle aux questions affectant le consentement ou la capacité des parties par opposition aux questions touchant au caractère raisonnable de la clause ou à l'ordre public. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[19] La nouvelle rédaction de ce paragraphe a été acceptée par consensus. La nouvelle rédaction supprime l'expression «ou confirmée» du chapeau pour l'inclure à l'alinéa *b)*, où elle est mieux située.

[20] Ce paragraphe vise la situation lors de laquelle un défendeur consent à comparaître et à se défendre dans une juridiction autre que celle choisie. Il y a eu un consensus quant à l'objet de cette disposition. Par contre, il a été suggéré que la référence à l'expression «par écrit» soit alignée sur celle du para. 2.

[21] Cette proposition a été suggérée comme alternative à celle discutée à la note 18, ci-dessus.

c) where it has its central administration, or

d) where it has its principal place of business.[12]

Article 4 Choice of court

1 If the parties have agreed that [a court or] [the][13] courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, [that court or those] [the][14] courts [of that Contracting State][15] shall have jurisdiction, [provided the court has subject matter jurisdiction][16] and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates [a court or] [the] courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the [court or][17] courts chosen have themselves declined jurisdiction. [Whether such an agreement is invalid for lack of consent (for example, due to fraud or duress) or incapacity shall depend on national law including its rules of private international law.][18]

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and confirmed in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.[19]

3 Where a defendant expressly accepts jurisdiction before a court of a Contracting State, and that acceptance is in writing or evidenced in writing, that court shall have jurisdiction.[20]

[4 The substantive validity of an agreement conferring jurisdiction shall be determined in accordance with the applicable law as designated by the choice of law rules of the forum.][21]

[12] There appears to be agreement on this paragraph, except for the inclusion of the word "habitual", see note 11 above. A re-numbering would be required if para. 2 were inserted.

[13] It has been proposed to delete the reference in para. 1 to "a court or" and refer to "the courts" of the chosen State. The proposers were concerned that para. 1 could allow a court to interpret a choice of forum clause in a contract as conferring jurisdiction on a specific court that it would not otherwise be authorised to exercise under national law. There was a general agreement that a choice of forum clause could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not in respect of subject matter outside the competence of the chosen court; see the comments of the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at Nos 72-73. However, doubts were expressed as to whether this proposal was either necessary or appropriate.

[14] See note 13, above.

[15] *Id.*

[16] This is an alternative proposal to address the problem referred to in note 13, above.

[17] See note 13, above.

[18] This proposal seeks to confirm that the substantive validity of the choice of forum agreement is governed by the national law of the forum seised, including its choice of law rules. It also seeks to confine substantive validity to questions affecting the consent or capacity of the parties as opposed to questions of reasonableness and public policy. There was no consensus in respect of this proposal.

[19] This paragraph as redrafted was accepted by agreement. The redraft moves the words "or confirmed" from the chapeau to sub-para. *b)* where they are more appropriate.

[20] This paragraph is intended to deal with the situation where a defendant consents to appear and defend in a jurisdiction other than the chosen one. There was agreement as regards the purpose of this provision, but the view was expressed that the reference to "writing" should be aligned with para. 2.

[21] This is an alternative proposal to that discussed in note 18, above.

5 [Les parties ne peuvent être privées du droit de conclure une telle clause. Toutefois,][22] [de telles clauses ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 7, 8 et 12.][23]

Article 5 Droit du défendeur à contester la compétence

[Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal en vertu des articles [liste blanche] [au moins jusqu'] [au plus tard][24] au moment de sa première défense au fond.][25]

Article 6 Contrats[26]

[*Alternative A :*

1 [Sous réserve des dispositions des articles 7 et 8,][27] le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel le défendeur a exercé une activité fréquente [et] [ou][28] significative ; [ou

b) vers lequel le défendeur a dirigé une activité fréquente [et] [ou] significative ;][29]

pourvu que l'action soit fondée sur un contrat directement lié à cette activité [et que la relation du défendeur avec cet État, prise dans son ensemble, rende raisonnable qu'il soit attrait devant les tribunaux de cet État][30].

Variante 1[31] :

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » signifie un ou plusieurs des éléments suivants :

a) la promotion [régulière et substantielle] de l'entreprise commerciale ou professionnelle du défendeur dans le but de conclure des contrats de cette nature ;

b) la présence régulière ou prolongée du défendeur dans le but de négocier des contrats de cette nature, si le contrat en cause a été exécutée au moins en partie dans cet État[, sans qu'il soit tenu compte du seul paiement d'une somme d'argent, sauf dans le cas des contrats de prêt ou de vente et d'achat de devises][32] ;

5 [The parties cannot be deprived of the right to enter into agreements conferring jurisdiction. However,][22] [such agreements and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12.][23]

Article 5 Defendant's right to contest jurisdiction

[The defendant shall have the right to contest jurisdiction under Articles [white list] [at least until] [no later than at][24] the time of the first defence on the merits.][25]

Article 6 Contracts[26]

[*Alternative A:*

1 [Subject to the provisions of Articles 7 and 8,][27] a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State –

a) in which the defendant has conducted frequent [and] [or][28] significant activity; [or

b) into which the defendant has directed frequent [and] [or] significant activity;][29]

provided that the claim is based on a contract directly related to that activity [and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State].[30]

Variant 1:[31]

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" means one or more of the following –

a) [regular and substantial] promotion of the commercial or professional ventures of the defendant for the conclusion of contracts of this kind;

b) the defendant's regular or extended presence for the purpose of negotiating contracts of this kind, provided that the contract in question was performed at least in part in that State[. Performance in this sub-paragraph refers [only] to non-monetary performance, except in case of loans or of contracts for the purchase and sale of currency];[32]

[22] Cette proposition vise à préciser que le droit national ne peut pas interdire, de façon expresse ou par le biais de l'ordre public, les clauses attributives de juridiction, sauf dans les cas permis par la Convention comme les contrats de consommation ou les contrats individuels de travail ; voir le point de vue des co-Rapporteurs au No 70 du Rapport Nygh / Pocar. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.
[23] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Le lien entre les dispositions d'élection de for et les contrats de consommation et les contrats individuels de travail n'a pas encore été résolu.
[24] Il a été proposé de supprimer l'expression « au plus tard » et de la remplacer par « au moins jusqu' ». Le but de cette proposition est de préciser que c'est une condition minimum. Elle n'a pas fait l'objet d'un consensus.
[25] Quelques délégations ont proposé de supprimer entièrement cette disposition, arguant qu'elle s'immiscerait dans le rôle réservé au droit national. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.
[26] Il n'y a pas eu de consensus sur les chefs de compétence en matière contractuelle. Dans les dispositions qui suivent, deux alternatives sont présentées : une fondée sur l'activité (avec plusieurs options), l'autre fondée sur le lieu d'exécution.
[27] Ce texte renvoie aux dispositions relatives aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail pour lesquelles aucune décision n'a été prise.
[28] Suivant ce texte, la question de savoir si les exigences de fréquence et d'importance des activités doivent être cumulatives ou alternatives demeure ouverte.
[29] Suivant ce texte, la question de savoir si les activités du défendeur doivent prendre place dans l'État du for ou peuvent être dirigées à partir de l'extérieur de cet État vers l'État du for demeure ouverte.
[30] Si le texte entre crochets est accepté, il constituerait une condition additionnelle à satisfaire en plus de la fréquence et / ou l'importance de l'activité.
[31] Dans cette variante, la portée du terme « activité » serait limitée aux activités de promotion, de négociation et d'exécution des contrats qui sont définies plus en détail dans les alinéas qui suivent.
[32] Si le texte entre crochets est accepté, le paiement d'une somme pour un prix d'achat ou pour un honoraire pour des services rendus serait exclu de la portée du terme « exécution ».

[22] This proposal seeks to make it clear that national law may not prohibit the entry into choice of forum clauses by express prohibition or the use of public policy, except in the cases which may be provided for in the Convention, such as consumer transactions or employment contracts; see the views expressed by the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 70. This proposal did not receive consensus.
[23] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. The relationship between the choice of forum provisions and consumer transactions and employment contracts still has to be resolved.
[24] It was proposed to delete the words "no later than at" and substitute the words "at least until". The purpose of this proposal was to make clear it was a minimum condition. It did not receive consensus.
[25] Some delegations proposed that this provision be deleted in its entirety as an intrusion into the proper role of national law. There was no consensus on this issue.
[26] There was no consensus on the basis for jurisdiction in contractual matters. In the material that follows, two basic options are put forward: one alternative refers to activity (with several sub-options) and the other alternative focuses on the place of performance.
[27] This refers to the provisions on consumer transactions and employment contracts on which no decisions have been taken as yet.
[28] This leaves open the question of whether the requirements of frequency and significance should be cumulative or alternative.
[29] This leaves open the question of whether the activity of the defendant should take place within the State of the forum or could be directed from outside that State into the State of the forum.
[30] If the words within brackets are accepted, this would be a condition to be satisfied in addition to that of frequent and / or significant activity.
[31] In this Variant the scope of "activity" would be confined to the activities of promotion, negotiation and performance which are further defined in the following subparagraphs.
[32] The words in brackets, if accepted, would exclude the payment of the purchase price or fee for services rendered from the scope of "performance".

c) l'exécution du contrat qui consiste en la fourniture d'objets mobiliers corporels ou la prestation de services en tout ou en partie significative.

Variante 2[33] *:*

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » comprend, notamment, la promotion, les pourparlers et l'exécution des contrats.

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter la conclusion d'un contrat ou d'exécuter une obligation dans cet État.][34]

Alternative B[35] *:*

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

a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie ;

b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ;

c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.]

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

Cet article est en attente d'une version consolidée.

Article 8 Contrats individuels de travail

Cet article n'a pas encore été discuté.

Article 9 Succursales [et activité commerciale habituelle][36]

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

[2 Aux fins de l'application du paragraphe premier, une entité juridique n'est pas [nécessairement]* une « succursale,

[33] Dans cette variante les activités de promotion, de négociation et d'exécution seraient couvertes par le terme « activité ». Par contre, la variante ne définirait pas les paramètres du terme « activité ».

[34] Cette proposition, dont l'étude est sujette à l'adoption de la variante 1 ou de la variante 2, vise à protéger les fournisseurs utilisant les moyens du commerce électronique et qui prennent des précautions tendant à éviter de contracter des obligations dans un État particulier et qui évitent ainsi d'être sujets à la compétence des tribunaux de cet État.

[35] Ce texte qui est proposé comme alternative correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[36] L'examen du texte entre crochets a été reporté en attendant la discussion générale du concept de la « compétence fondée sur une activité ». Il semble qu'il y ait accord général sur le reste du paragraphe, sous réserve de clarifications additionnelles (voir note 37 ci-dessous).

* Une délégation a suggéré la suppression du terme « nécessairement » de la version française du texte du Doc. trav. No 60.

c) the performance of a contract by supplying goods or services, as a whole or to a significant part.

Variant 2:[33]

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" includes, *inter alia*, the promotion, negotiation, and performance of a contract.

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into or performing an obligation in that State.][34]

Alternative B:[35]

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;

b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;

c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.]

Article 7 Contracts concluded by consumers

This Article awaits a consolidated text.

Article 8 Individual contracts of employment

This matter has not yet been discussed.

Article 9 Branches [and regular commercial activity][36]

1 A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment of the defendant is situated[, or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means], provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or other establishment [or to that regular commercial activity].

[2 For the purposes of applying paragraph 1, a legal entity shall not be considered a "branch, agency or other establish-

[33] Under this Variant the activities of promotion, negotiation and performance would be within the scope of "activity" but its parameters would not be defined.

[34] This proposal, which would have to be considered whether Variant 1 or 2 were to be adopted, seeks to protect merchants using electronic commerce who take measures to avoid entering into obligations in a particular State and thereby avoid becoming subject to the jurisdiction of the courts of that State.

[35] This Alternative consists of the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.

[36] The matter placed between brackets has not been discussed pending general discussion of the "activity based jurisdiction" elsewhere. There appears to be general agreement, subject to further clarification (see note 37 below), on the remainder of the paragraph.

agence ou tout autre établissement» du [simple] [seul]** fait qu'elle est une filiale du défendeur.][37]

Article 10 Délits[38]

1 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission à l'origine du dommage, ou

b) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État[39].

[2 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur a exercé une activité fréquente ou significative, ou vers lequel le défendeur a dirigé une activité fréquente ou significative pourvu que l'action soit fondée sur cette activité et que la relation du défendeur avec cet État, prise dans son ensemble, rende raisonnable qu'il soit attrait devant les tribunaux de cet État.][40]

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas aux situations lorsque le défendeur a pris des mesures raisonnables afin d'éviter d'exercer dans cet État ou de diriger vers cet État une activité.][41]

[4 Le demandeur peut également introduire une action conformément aux dispositions du paragraphe premier lorsque soit l'acte ou l'omission, soit le dommage est susceptible de se produire.][42]

[5 Si une action est introduite devant les tribunaux d'un État en vertu seulement du lieu où le dommage a pris naissance ou est susceptible de se produire, ces tribunaux ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet État, sauf si la partie lésée a sa résidence habituelle dans cet État.][43]

Article 11 Trusts

1 Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust

ment" by the mere fact that the legal entity is a subsidiary of the defendant.][37]

Article 10 Torts [or delicts][38]

1 A plaintiff may bring an action in tort [or delict] in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.[39]

[2 A plaintiff may bring an action in tort in the courts of the State in which the defendant has engaged in frequent or significant activity, or has directed such activity into that State, provided that the claim arises out of that activity and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State.][40]

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid acting in or directing activity into that State.][41]

[4 A plaintiff may also bring an action in accordance with paragraph 1 when the act or omission, or the injury may occur.][42]

[5 If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose or may occur there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred or may occur in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.][43]

Article 11 Trusts

1 In proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created volun-

**Une délégation a suggéré la substitution du terme «seul» pour le terme «simple» dans la version française du Doc. trav. No 60.

[37] Ceci a été proposé à la suite des discussions informelles à Édimbourg, voir l'annexe V du Doc. prél. No 15 de mai 2001 («Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens», ci-dessus p. 362 du présent tome). Il ne semble pas y avoir de différend sur l'interprétation donnée par les co-Rapporteurs au No 128 du Rapport Nygh / Pocar selon laquelle une filiale, même une filiale qui serait détenue entièrement par une société mère, ne peut de ce simple fait être considérée comme une «succursale, agence ou tout autre établissement». Par contre, quelques délégations craignent que l'inclusion de ces commentaires dans le texte de la disposition créerait des difficultés d'interprétation. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[38] Dans la version anglaise de l'article, une délégation a proposé la suppression des termes «*or delicts*» dans le titre et le para. 1er. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[39] Ceci est le texte qui apparaissait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Sous réserve de la suppression possible des termes entre crochets, il y a eu accord pour inclure ce texte. Il y a également eu accord pour supprimer le texte du para. 2 de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[40] Cette proposition vise l'inclusion d'un chef de compétence fondé sur l'activité similaire à celui proposé par rapport à l'art. 6 (Contrats), alternative A, para. 1er. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[41] Cette proposition vise à protéger les fournisseurs utilisant les moyens du commerce électronique et qui prennent des précautions tendant à éviter de contracter des obligations dans un État particulier et qui évitent ainsi d'être sujet à la compétence des tribunaux de cet État. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[42] Une délégation a proposé la suppression de ce paragraphe tel qu'il apparaissait à l'art. 10(3) de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Cette suppression n'a pas fait l'objet d'un consensus.

[43] Une délégation a proposé la suppression de ce paragraphe tel qu'il apparaissait à l'art. 10(4) de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Cette suppression n'a pas fait l'objet d'un consensus.

[37] This was proposed following the informal discussions in Edinburgh, see Annex V to Prel. Doc. No 15 of May 2001 ("Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items", *supra* p. 363 of this tome). There does not appear to be any objection with the interpretation given by the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 128, that a subsidiary, even one that is wholly owned by a parent, will not by that fact alone be regarded as falling within the definition of "a branch, agency or other establishment". However, some delegations expressed a fear that the formal incorporation of those comments into the body of the text might be misinterpreted. There was no consensus on this provision.

One delegation proposed to delete the term "*nécessairement*" in the French text of Work. Doc. No 60.

One delegation proposed to replace the term "*seul*" by the term "*simple*" in the French text of Work. Doc. No 60.

[38] A delegation proposed the deletion of the words "or delicts" in the title and in para. 1. There was no consensus on this proposal.

[39] This is the text of the preliminary draft Convention of October 1999. Subject to the possible deletion of the words in brackets, its inclusion was agreed to. There was also agreement that the material appearing as para. 2 in the preliminary draft Convention of October 1999 should be deleted.

[40] This proposal seeks to insert an activity based jurisdiction similar to that proposed in relation to Art. 6 (Contracts), Alternative A, para. 1. There was no consensus on this proposal.

[41] This proposal seeks to protect merchants using electronic commerce who take measures to avoid entering into obligations in a particular State and thereby avoid becoming subject to the jurisdiction of the courts of that State. There was no consensus on this proposal.

[42] A delegation has proposed the deletion of this paragraph that appeared as Art. 10(3) of the preliminary draft Convention of October 1999. There was no consensus on its deletion.

[43] A delegation has proposed the deletion of this paragraph that appeared as Art. 10(4) of the preliminary draft Convention of October 1999. There was no consensus on its deletion.

créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust, et ces tribunaux sont seuls compétents à moins que l'acte constitutif ne précise autrement[44]. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. [La validité d'une telle désignation est régie par le droit[45] qui s'applique à la validité du trust.][46]

2 En l'absence d'une telle élection de for [valable][47], une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust ; ou

b) dont la loi est applicable au trust ; ou

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action, en tenant compte, en particulier, de circonstances telles que le lieu d'administration du trust, la résidence habituelle ou l'établissement du trustee et le lieu où les objectifs du trust doivent être accomplis ; ou

d) dans lequel sont habituellement résidents le constituant (si vivant) et tous les bénéficiaires vivants, si toutes ces personnes sont habituellement résidentes dans le même État[48].

[3 Cet article ne s'applique qu'aux différends entre le trustee, le constituant et les bénéficiaires du trust.][49]

Article 12 Compétences exclusives

1 *Ce paragraphe n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.*

2 *Ce paragraphe n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.*

Propriété intellectuelle[50]

Alternative A :

[3 Si l'action porte sur la validité des inscriptions sur les registres publics autres que des inscriptions relatives à la propriété intellectuelle, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel ces registres sont tenus.

[44] L'ajout de la dernière partie de la phrase a été accepté par consensus. L'ajout aligne cette disposition sur une disposition similaire à l'art. 4(1).
[45] Il a été noté que l'expression « droit national » devrait être utilisée à la place du terme « droit » si la Convention utilise immanquablement l'expression « droit national » dans ces cas.
[46] Les termes entre crochets ont été proposés afin de s'assurer que la question de l'existence et de la validité de la clause d'élection de for serait déterminée par le droit applicable en vertu des règles de conflit de lois du tribunal saisi et non pas par n'importe quelle loi désignée comme étant la loi applicable par le constituant. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette question.
[47] Voir la note 46 ci-dessus.
[48] Sous réserve de l'emploi du terme « valide » dans le chapeau, ce paragraphe a été accepté par consensus.
[49] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de ce paragraphe puisque plusieurs délégations étaient d'avis que cette question devait être laissée au droit national : voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 152 du Rapport Nygh / Pocar, selon lesquels les différends couverts par cet article sont des différends internes au trust.
[50] Trois propositions ont été formulées pour le traitement de la propriété intellectuelle par la Convention. Les deux premières apparaissent entre crochets et font l'objet de crochets spécifiques (Alternatives A et B). Cela indique l'absence de consensus quant à l'inclusion de la propriété intellectuelle dans l'objet de la Convention ou en ce qui a trait aux propositions elles-mêmes. Pour la troisième proposition voir la note 56 ci-dessous.

tarily and evidenced in writing, the courts of a Contracting State designated in the trust instrument for this purpose shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the instrument provides otherwise.[44] Where the trust instrument designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction. [The validity of such a designation shall be governed by the law[45] applicable to the validity of the trust.][46]

2 In the absence of such [valid][47] designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) in which is situated the principal place of administration of the trust; or

b) whose law is applicable to the trust; or

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings, taking into account in particular the principal place where the trust is administered, the place of residence or business of the trustee, the situation of the assets of the trust, and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled; or

d) in which the settlor (if living) and all living beneficiaries are habitually resident, if all such persons are habitually resident in the same State.[48]

[3 This Article shall only apply to disputes among the trustee, settlor and beneficiaries of the trust.][49]

Article 12 Exclusive jurisdiction

1 *This paragraph has not yet been discussed.*

2 *This paragraph has not yet been discussed.*

Intellectual property[50]

Alternative A:

[3 In proceedings concerning the validity of entries in public registers other than those dealing with intellectual property rights, the courts of the Contracting State in which the register is kept shall have exclusive jurisdiction.

[44] There was agreement on the insertion of the last sub-sentence in order to bring the provision into conformity with the similar provision found in Art. 4(1).
[45] It was noted that the phrase "national law" should replace the word "law" if the Convention consistently uses "national law" in such cases.
[46] The words within brackets were proposed to ensure that the question of the existence and validity of the choice of forum clause would be determined by the law applicable under the choice of law rules of the court seised and not necessarily by any law nominated as the applicable law by the settlor. There was no consensus on this provision.
[47] See note 46 above.
[48] Subject to the use of the word "valid" in the chapeau, this paragraph was approved by consensus.
[49] There was no consensus on this paragraph as some delegations felt that this matter should be left to national law: see the comment of the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 152, that the disputes covered by this Article are disputes that are internal to the trust.
[50] Three proposals have been made with respect to the treatment of intellectual property in the Convention. The first two appear within general brackets and each also contains brackets (Alternatives A and B). This indicates that there was no consensus on the inclusion of intellectual property within the scope of the Convention or in respect of each of the proposals themselves. For the third proposal, see note 56 below.

4 Si l'action a pour objet une demande en réparation relative à l'octroi, la révocation, la validité[51], [la force exécutoire][52] ou la contrefaçon d'un brevet, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, le brevet a été octroyé.

5 Si l'action a pour objet une demande en réparation relative à la validité, la renonciation, l'annulation, la révocation ou la contrefaçon d'une marque enregistrée ou d'une marque pour laquelle une demande d'enregistrement a été déposée, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, la marque a été enregistrée ou la demande a été déposée.

6 Si l'action a pour objet une demande en réparation relative à l'enregistrement, la validité, la renonciation, [l'annulation, la révocation] ou la contrefaçon d'une marque non enregistrée [ou d'un dessin], sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel les droits à la marque [ou au dessin] ont été créés.

7 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le tribunal est saisi de ces questions à titre incident. Pour les fins des paragraphes 4 à 6, une question incidente est une question qui survient lors d'une action qui n'est pas en soi une demande ou une demande reconventionnelle portant sur la violation d'un brevet ou d'une marque, l'octroi ou la résiliation, ou un jugement déclaratoire relatif à la validité ou au respect, d'un brevet ou d'une marque.

8 Dans cet article, les autres droits de propriété industrielle enregistrés doivent être traités de la même façon que les brevets. Le paragraphe ne s'applique pas au droit d'auteur ni à aucun droit voisin, bien qu'un enregistrement ou un dépôt de ces droits soit possible.

9 Dans cet article, le terme «tribunal» désigne tout organisme à vocation administrative ou entité qui a la compétence de rendre des décisions obligatoires sur des questions de droit.

Article [2A] Définitions

Dans la présente Convention les termes suivants ont le sens indiqué ci-après :

1 «le(s) tribunal(aux) d'un État contractant» inclut tout tribunal international ou supranational[53] dans la mesure où il remplace les tribunaux d'un État contractant ;

2 «question incidente» ne s'entend pas de la question que le tribunal doit décider pour les fins de la procédure judiciaire, mais s'entend plutôt de la question à laquelle il faut répondre pour décider de cette question ;

3 «jugement» s'entend de [*insérer la définition de l'article 23*].]

Alternative B :

[3 Si l'action porte sur l'inscription, la validité, la nullité, l'annulation ou la révocation de brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement, sont seuls compétents les tribunaux de l'État

[51] Le terme «validité» inclut invalidité ou nullité.
[52] «La force exécutoire» inclut le manque de force exécutoire. Le manque de force exécutoire concerne des actes du détenteur du brevet qui constituent un abus du brevet ou une conduite inéquitable devant l'office des brevets pour les fins d'une poursuite de demande de brevet, tel que le fait de déposer de fausses déclarations (*affidavits*) ou d'omettre des actes antérieurs connus qui affectent matériellement la brevetabilité des revendications.
[53] Le terme «tribunal supranational» vise les institutions comme la Cour de justice des Communautés européennes qui ne font pas partie de la hiérarchie des tribunaux nationaux. Il a été admis que le terme devra être étudié à nouveau.

4 In proceedings in which the relief sought is a decision on the grant, revocation, validity,[51] [enforceability][52] or infringement of a patent, the courts of the Contracting State in which, or for which, the patent was granted shall have exclusive jurisdiction.

5 In proceedings in which the relief sought is a decision on the validity, abandonment, cancellation, revocation or infringement of a registered trademark, or a mark for which an application for registration has been filed, the courts of the Contracting State in which, or for which, the trademark was registered, or the application has been filed, shall have exclusive jurisdiction.

6 In proceedings in which the relief sought is a decision on the registration, validity, abandonment, [cancellation, revocation] or infringement of an unregistered trademark [or design], the courts of the Contracting State in which the trademark [or design] arose shall have exclusive jurisdiction.

7 The preceding paragraphs of this Article shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question. For the purposes of paragraphs 4 to 6, an incidental question is a question that arises in an action which is not itself a claim or counter-claim for patent or trademark infringement, for a grant or revocation, or for a declaratory judgment of validity or enforceability, of a patent or trademark.

8 In this Article, other registered industrial property rights shall be treated in the same way as patents. This paragraph does not apply to copyright or neighbouring rights, even when registration or deposit of such rights is possible.

9 In this Article, "court" includes any administrative agency or entity empowered to give binding decisions on legal controversies.

Article [2A] Definitions

In this Convention the following words and phrases shall have the meanings indicated below –

1 "court(s) of a Contracting State" includes any international or supranational[53] court to the extent to which it replaces the courts of a Contracting State;

2 "incidental question" is not the question on which the court is asked to rule in legal proceedings, but is a question which has to be answered in order for it to rule on that question;

3 "judgment" means [*insert definition at present in Article 23*].]

Alternative B:

[3 In proceedings which have as their object the registration, the validity, the nullity or invalidation of patents, trademarks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which, or for which, the deposit or registration has been applied for, has

[51] "Validity" includes invalidity or nullity.
[52] "Enforceability" includes unenforceability. Unenforceability concerns acts of a patent owner that create a misuse of the patent or inequitable conduct before the patent office in prosecuting a patent application, such as filing false affidavits or omitting known prior acts which materially affect the patentability of claim(s).
[53] "Supranational court" is intended to refer to an institution such as the European Court of Justice which is not part of a national hierarchy of courts. It was admitted that the term needed further consideration.

contractant dans lequel, ou pour lequel, le dépôt, l'inscription ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une Convention internationale[54].

4 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas :

a) aux droits d'auteur ni aux droits voisins, même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement ;

[*b)* lorsque le tribunal est saisi des questions qui y sont mentionnées à titre incident, sans qu'il soit requis de rendre un jugement à leur égard.]

5 Pour les actions portant sur la violation d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou modèle, ou d'un autre droit analogue, sont compétents les tribunaux de l'État contractant désignés au paragraphe précédent [ou aux dispositions des articles [3 à 16]][55].]

Alternative partielle C :

[6 Si l'action porte sur la contrefaçon d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant en vertu de la loi duquel la contrefaçon du droit d'auteur ou du droit voisin est alléguée.][56]

Article 13 Mesures provisoires et conservatoires

Il y a une proposition par un Groupe de travail qui attend d'être discutée.

Article 14 Pluralité de défendeurs

La suppression de l'article a été approuvée par consensus.

Article 15 Demande reconventionnelle[57]

[Sous réserve de l'article 12,][58] le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée [sauf si le tribunal saisi n'a pas la compétence à raison de la matière pour connaître de la demande reconventionnelle][59].

Article 16 Appel en garantie et intervention

La suppression de l'article a été approuvée par consensus.

[54] Il conviendra d'examiner si les marques non enregistrées doivent être inclues dans cette catégorie.
[55] Il conviendra d'exclure cette disposition de la réserve faite à l'art. 17.
[56] Cette proposition constitue uniquement une alternative partielle aux autres propositions prévues ci-dessus relatives à la propriété intellectuelle. La proposition vise à inclure le droit d'auteur dans la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant en vertu de la loi duquel la contrefaçon du droit d'auteur ou du droit voisin est alléguée (voir le Doc. trav. No 63). Les deux autres propositions excluent expressément le droit d'auteur de la portée de la compétence exclusive.
[57] Il y a eu un accord pour inclure une disposition relative à la compétence fondée sur une demande reconventionnelle ; de plus, il y a eu un accord qu'un jugement rendu en application d'une telle disposition devrait être reconnu et exécuté en vertu de l'art. 25(1). En revanche, des doutes persistent quant à la question de savoir si cela est évident ou si cela doit être clarifié davantage ; voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 302 du Rapport Nygh / Pocar. Les termes ne figurant pas entre crochets ont également été acceptés par consensus.
[58] Il a été convenu de mettre cette proposition entre crochets en attendant la fin de l'examen de l'art. 12.
[59] Il a été proposé d'ajouter les termes entre crochets pour tenir compte de la situation où le tribunal n'est pas compétent à raison de la matière pour la demande reconventionnelle. Il y a eu accord général pour dire qu'une demande reconventionnelle peut conférer compétence uniquement sur la personne du défendeur mais ne saurait établir une compétence à raison de la matière (y compris le dépassement de tout plafond pécuniaire) qui n'est pas prévue en droit national. Il y a eu un bref débat sur la question de savoir si cela était évident ou si cette difficulté – qui surgit également en rapport avec les clauses d'élection de for – devait être abordée dans une clause générale, et si les termes entre crochets reflétaient de manière appropriée l'objectif recherché. Une différente formulation a été proposée en anglais.

taken place or, under the terms of an international Convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction.[54]

4 The preceding paragraphs shall not apply –

a) to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible;

[*b)* when the matters referred to therein arise as incidental questions, the court not being requested to render a judgment in this respect.]

5 In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, trademarks, designs or other similar rights, the courts of the Contracting State referred to in the preceding paragraph [or in the provisions of Articles [3 to 16]] have jurisdiction.[55]]

Partial Alternative C:

[6 In proceedings concerning the infringement of a copyright or any neighbouring right, the courts of the Contracting State under whose laws the copyright or the neighbouring right is claimed to be infringed shall have exclusive jurisdiction.][56]

Article 13 Provisional and protective measures

There is a proposal of a Working Group on this Article that awaits discussion.

Article 14 Multiple defendants

It was agreed to delete this Article.

Article 15 Counter-claims[57]

[Subject to Article 12,][58] a court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based [unless the court would be unable to adjudicate such a counter-claim against a local plaintiff under national law].[59]

Article 16 Third party claims

It was agreed to delete this Article.

[54] It will have to be examined whether unregistered trademarks have to be included in this category.
[55] This provision will have to be excluded from the exceptions stated in Art. 17.
[56] This proposal is only a partial alternative to the other proposals in relation to intellectual property set out above. It seeks to include copyright within the exclusive jurisdiction of the courts of the Contracting State under whose law a copyright is clamed to have been infringed (see Work. Doc. No 63). Each of the two other proposals specifically excludes copyright from the scope of exclusive jurisdiction.
[57] There was agreement that there should be provision for a jurisdiction based on a counter-claim and that this jurisdiction should be one that is entitled to recognition and enforcement under Art. 25(1). There was some debate on whether this was already obvious or should be further clarified: see the remarks of the co-Reporters in the Nygh / Pocar Report, at No 302. The language not within brackets was also approved by consensus.
[58] It was agreed that the proposed additional qualification should remain within brackets pending completion of the discussion of Art. 12.
[59] It was proposed to add the language within brackets to provide for the situation where the counter-claim is outside the subject matter jurisdiction of the court. There was general agreement that a counter-claim could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not subject matter jurisdiction (including excess of any monetary limits) which it did not possess under national law. There was some discussion as to whether this was already obvious or whether the issue, which also arises in relation to forum selection clauses, should be dealt with in a general provision, and whether the language proposed within the brackets was adequate for the intended purpose. In relation to the last issue, the following alternative has been proposed: "[...], unless the court seised does not have subject matter jurisdiction to adjudicate the counter-claim".

Article 17 Compétence fondée sur le droit national[60]

[Sous réserve des articles 4, 7, 8, 11(1), 12 et 13,][61] la Convention ne porte pas atteinte à l'application des règles de compétence des États contractants prévues par leur droit national, à condition qu'elle ne soit pas interdite en vertu de l'article 18.

Article 18 Compétences interdites[62]

[1 Lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un État contractant, l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un État contractant est interdite lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet État et le litige [ou le défendeur][63].][64]

2 [En particulier,][65] [Lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un État contractant,][66] une compétence ne peut être mise en œuvre par les tribunaux d'un État contractant si elle est fondée [uniquement sur un ou plusieurs][67] des critères suivants, notamment,

a) la présence ou la saisie dans cet État de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens[68];

b) la nationalité du demandeur[69];

c) la nationalité du défendeur[70];

d) le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet État[71];

[*e)* la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet État, [que ce soit par le biais d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement du défendeur,][72] sauf si le litige est directement lié à ces activités;][73]

f) l'assignation délivrée au défendeur dans cet État[74];

[*g)* la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur;][75]

[60] Sous réserve de la détermination des références entre crochets l'article a été accepté par consensus.
[61] La question de l'existence ou de l'exclusivité des art. 7, 8, 12 et 13 reste à résoudre.
[62] Note: les propositions soumises par les observateurs non-gouvernementaux ont été omises, sauf si elles ont été reprises par des délégations gouvernementales.
[63] Il a été proposé d'ajouter les termes «[ou le défendeur]» afin de tenir compte des systèmes juridiques où la compétence juridictionnelle se détermine principalement en fonction des liens du for avec le défendeur plutôt qu'avec le litige. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[64] La suppression du para. 1er au complet a été proposée en vue de souligner la structure générale de la Convention: celle-ci devrait avoir un nombre limité de chefs de compétence requis qui sont généralement acceptés; un nombre limité de chefs de compétence si largement considérés exorbitants qu'ils doivent figurer dans une liste de chefs de compétence interdits; tout autre chef de compétence qui ne figure ni dans l'une ni dans l'autre de ces catégories doit continuer à pouvoir être invoqué en vertu du droit national (la zone grise). Il n'y a pas eu de consensus sur la suppression du para. 1er.
[65] Si le para. 1er est supprimé, l'expression entre crochets doit aussi être supprimée.
[66] Si le para. 1er est supprimé, l'expression entre crochets doit être placée dans ce qui est maintenant le para. 2.
[67] Il a été suggéré de supprimer les mots entre crochets. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[68] Il y a eu accord pour inclure cette disposition dans une liste de compétences interdites.
[69] Il y a eu accord pour inclure cette disposition dans une liste de compétences interdites.
[70] Il y a eu accord pour inclure cette disposition dans une liste de compétences interdites.
[71] Il y a eu accord pour inclure cette disposition dans une liste de compétences interdites.
[72] L'ajout des termes entre crochets a pour objectif de préciser que la présence d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement dans le for ne peut servir de chef de compétence générale en vertu du droit national: voir l'avis des co-Rapporteurs au No 133 du Rapport Nygh / Pocar selon lequel «[u]n tel chef de compétence générale n'est pas compatible avec la Convention». Il n'y a pas eu de consensus sur cette proposition.
[73] Il a été proposé de supprimer l'alinéa *e)* au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.
[74] Il y a eu accord pour inclure cette disposition dans une liste de compétences interdites.
[75] Il a été proposé de supprimer l'alinéa *g)* au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.

Article 17 Jurisdiction based on national law[60]

[Subject to Articles 4, 7, 8, 11(1), 12 and 13,][61] the Convention does not prevent the application by Contracting States of rules of jurisdiction under national law, provided that this is not prohibited under Article 18.

Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction[62]

[1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and [either] the dispute [or the defendant].[63]][64]

2 [In particular,][65] [Where the defendant is habitually resident in a Contracting State,][66] jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis [solely of one or more][67] of the following –

a) the presence or seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;[68]

b) the nationality of the plaintiff;[69]

c) the nationality of the defendant;[70]

d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that State;[71]

[*e)* the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, [whether or not through a branch, agency or any other establishment of the defendant,][72] except where the dispute is directly related to those activities;][73]

f) the service of a writ upon the defendant in that State;[74]

[*g)* the unilateral designation of the forum by the plaintiff;][75]

[60] Subject to the determination of the material in brackets, this Article was approved by consensus.
[61] The question of the existence or exclusivity of Arts 7, 8, 12 and 13 still remains to be resolved.
[62] Note: proposals made by non-governmental observers have been omitted unless adopted by governmental delegations.
[63] It has been proposed to add the words "[either]" and "[or the defendant]" in order to meet the difficulties in national legal systems where the main emphasis for jurisdictional competence lies on the link between the forum and the defendant, rather than the subject matter of the dispute. There was no consensus on this point.
[64] The deletion of the whole of para. 1 has been proposed in order to emphasise the basic concept of the Convention that there be a limited number of required bases of jurisdictions that are generally accepted, a limited number of jurisdictional bases so universally disapproved as exorbitant that they should be listed as prohibited jurisdictions, and that any other jurisdiction not listed in either category should remain open for the exercise of jurisdiction under national law (the "grey zone"). There was no consensus on the deletion of para. 1.
[65] If para. 1 were to be deleted, the words in brackets should also be deleted.
[66] If para. 1 were to be deleted, the words in brackets should be placed in what is now para. 2.
[67] It has been proposed to delete the words in brackets. There was no consensus on this point.
[68] There is agreement that this provision should be included in a list of prohibited jurisdictions.
[69] There is agreement that this provision should be included in a list of prohibited jurisdictions.
[70] There is agreement that this provision should be included in a list of prohibited jurisdictions.
[71] There is agreement that this provision should be included in a list of prohibited jurisdictions.
[72] The addition of the words in brackets is proposed to make it clear that the presence of a branch, agency or other establishment within the forum should not be a basis for the exercise of general jurisdiction under national law: see the view expressed by the co-Reporters at No 133 of the Nygh / Pocar Report that "such a general jurisdiction is inconsistent with the Convention". There was no consensus on this proposal.
[73] It has been proposed to delete sub-para. *e)* entirely. There was no consensus on this point.
[74] There is agreement that this provision should be included in a list of prohibited jurisdictions.
[75] It has been proposed to delete sub-para. *g)* entirely. There was no consensus on this point.

h) [la procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement dans cet État, sauf si le litige est directement lié à ces procédures][76] *ou* [l'introduction dans cet État d'une procédure aux fins de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement d'un autre État par la partie contre qui la compétence est revendiquée][77] ;

[*i)* la résidence temporaire ou la présence du défendeur dans cet État ;][78]

[*j)* le lieu de signature du contrat dont dérive le litige ;][79]

[*k)* le lieu d'une filiale ou autre entité affiliée du défendeur dans cet État ;][80]

[*l)* l'existence d'une action pénale connexe dans cet État][81].

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

[*a)* un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre [tel que défini dans le Statut de la Cour pénale internationale][82] ; ou][83]

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

L'alinéa *b)* ne s'applique que si la partie demandant réparation est exposée au risque d'un déni de justice[84] au motif qu'une procédure dans un autre État se révèle impossible ou qu'il ne peut être raisonnablement exigé qu'elle y soit introduite.][85]

Article 19 Autorité du tribunal saisi

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

a) si le droit national l'exige ; ou

b) à la demande du demandeur ; ou

[*c)* à la demande du défendeur, même après que le jugement a été rendu, selon la procédure du droit national ; ou]

[76] Ceci est le texte qui apparaissait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.
[77] Les termes entre crochets ont été proposés aux fins de clarification. Toutefois, plusieurs délégations ont objecté que la suppression de l'expression « sauf si le litige est directement lié à ces procédures » priverait le débiteur du jugement de l'opportunité de soulever des objections portant directement sur l'exécution, telle que le paiement partiel de la dette.
[78] Il a été proposé de supprimer cet alinéa au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[79] Il a été proposé de supprimer cet alinéa au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[80] Il a été proposé d'ajouter cet alinéa à la liste des chefs de compétence interdits. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[81] Il a été proposé d'ajouter cet alinéa à la liste des chefs de compétence interdits. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point : voir les commentaires des co-Rapporteurs dans le Rapport Nygh / Pocar, No 27 et note 15.
[82] Quelques délégations ont proposé d'inclure une référence aux définitions contenues dans le Statut. D'autres délégations ont toutefois souligné que ce Statut n'était pas encore entré en vigueur.
[83] Il y a eu accord pour mettre des crochets additionnels autour de l'alinéa *a)*, puisque les alinéas *a)* et *b)* soulèvent des questions distinctes.
[84] Il a été souligné par plusieurs délégations que le concept du « déni de justice » n'était pas connu dans leur système juridique.
[85] Il y a eu accord pour mettre entre crochets le para. 3 au complet et de le considérer comme point de départ des prochaines discussions. Le texte du présent document remplace les variantes No 1 et No 2 de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

h) [proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings][76] *or* [initiation of proceedings in that State by the party against whom jurisdiction is claimed, for the purpose of recognising or enforcing a judgment from another State][77];

[*i)* the temporary residence or presence of the defendant in that State;][78]

[*j)* the signing in that State of the contract from which the dispute arises;][79]

[*k)* the location of a subsidiary or other related entity of the defendant in that State;][80]

[*l)* the existence of a related criminal action in that State].[81]

[3 Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action claiming damages in respect of conduct which constitutes –

[*a)* genocide, a crime against humanity or a war crime [as defined in the Statute of the International Criminal Court][82]; or][83]

b) a serious crime under international law, provided that this State has exercised its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a Party and that claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injuries arising from that crime.

Sub-paragraph *b)* only applies if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice[84] because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.][85]

Article 19 Authority of the court seised

1 Where the defendant does not enter an appearance, the court shall verify whether Article 18 prohibits it from exercising jurisdiction if –

a) national law so requires; or

b) the plaintiff so requests; or

[*c)* the defendant so requests, even after judgment is entered in accordance with procedures established under national law; or]

[76] This was the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.
[77] The language within the brackets was proposed by way of clarification. However, some delegations objected that the omission of the words "except where the dispute is directly limited to such proceedings" would deprive the judgment debtor of the opportunity to raise objections directly related to the enforcement, such as partial payment of the debt.
[78] It has been proposed to delete this sub-paragraph entirely. There was no consensus on this point.
[79] It has been proposed to delete this sub-paragraph entirely. There was no consensus on this point.
[80] The addition of this item to the list of prohibited jurisdictions has been proposed. There was no consensus on this point.
[81] The addition of this item to the list of prohibited jurisdictions has been proposed. There was no consensus on this point: see the comments of the co-Reporters at No 27 and note 15 of the Nygh / Pocar Report.
[82] Certain delegations proposed to include a reference to the definitions contained in the Statute. However, other delegations pointed out that this Statute had not as yet entered into force.
[83] There was agreement that the material in sub-para. *a)* be placed in separate brackets, because sub-paras *a)* and *b)* raise different issues.
[84] It was pointed out by several delegations that the concept of "denial of justice" was unknown under their legal systems.
[85] There was agreement that the whole of the proposed para. 3 would be placed within square brackets as a basis for future discussion. The material in this document replaces the texts that appeared as "Variant One" and "Variant Two" in the preliminary draft Convention of October 1999.

[*d)* si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié au défendeur dans un autre État contractant.]

ou

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

[2 Lorsque la compétence du tribunal saisi dans un État contractant est fondée sur ou conforme à un chef de compétence prévu aux articles 3 à 16, une partie peut requérir du tribunal de le déclarer dans le jugement.][86]

Article 20

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

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

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

Article 21 Litispendance

Cet article n'a pas encore été discuté.

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

Cet article n'a pas encore été discuté.

Article 23 Définition du terme «jugement»[87]

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

a) toute décision [au fond][88] rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférant à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention;

[*b)* les décisions prononçant des mesures provisoires ou conservatoires conformément à l'article 13, paragraphe premier.][89]]

[*d)* the document which instituted the proceedings or an equivalent document was served on the defendant in another Contracting State.]

or

[*d)* it appears from the documents filed by the plaintiff that the defendant's address is in another Contracting State.]

[2 When the jurisdiction of the court seised in a Contracting State is based on or is consistent with a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 16, a party may request the court to declare so in the judgment.][86]

Article 20

1 The court shall stay the proceedings so long as it is not established that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, or that all necessary steps have been taken to that effect.

[2 Paragraph 1 shall not affect the use of international instruments concerning the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, in accordance with the law of the forum.]

[3 Paragraph 1 shall not apply, in case of urgency, to any provisional or protective measures.]

Article 21 Lis pendens

This Article has not yet been discussed.

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

This Article has not yet been discussed.

Article 23 Definition of "judgment"[87]

[For the purposes of this Chapter, "judgment" means –

a) any decision [on the merits][88] given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court, provided that it relates to a decision which may be recognised or enforced under the Convention;

[*b)* decisions ordering provisional or protective measures in accordance with Article 13, paragraph 1.][89]]

[86] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.
[87] L'article au complet a été placé entre crochets en attendant une discussion des mesures provisoires et conservatoires.
[88] Cet ajout a été proposé suite aux discussions informelles d'Édimbourg à l'annexe V du Doc. prél. No 15 en assumant que la Convention ne prévoirait pas la reconnaissance ou l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires. L'expression «au fond» renvoie aux questions de fond soulevées par le litige. Il a été demandé si cette expression n'était pas trop large en excluant ainsi les décisions relatives aux questions préliminaires ayant un caractère définitif.
[89] La suppression du para. *b)* a été proposée à l'annexe V du Doc. prél. No 15. La question doit encore être discutée.

[86] There was no consensus on this proposal.
[87] The whole of this Article has been placed within brackets pending discussion of the treatment of provisional and protective measures.
[88] This was proposed following the informal discussions in Edinburgh in Annex V to Prel. Doc. No 15 on the basis that the Convention would not provide for the recognition and enforcement of provisional and protective measures. The use of the words "on the merits" refers to the merits of the dispute. It has been queried whether the use of those words may go too far in excluding decisions on preliminary issues which have a final character.
[89] The deletion of para. *b)* is proposed in Annex V to Prel. Doc. No 15. This issue awaits further discussion.

Article 24 Jugements exclus du chapitre III

Ce chapitre ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17, et qui n'est pas conforme avec un chef de compétence prévu aux articles [liste blanche][90].

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés

1 Un jugement fondé sur une compétence prévue aux articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences est reconnu ou exécuté en vertu du présent chapitre.

2 [Pour être reconnu, le jugement visé au paragraphe premier doit posséder l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine.][91]

ou

[Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine.][92]

3 [Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé au paragraphe premier doit être exécutoire dans l'État d'origine.][93]

ou

[Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine.][94]

4 Toutefois, la reconnaissance ou l'exécution peut être différée [ou refusée][95] si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer ce recours n'est pas expiré.

Article 26 Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés[96]

Un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12, ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18, ne peut pas être reconnu ni exécuté[97].

Article 27 Vérification de la compétence[98]

1 Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.

2 Lors de l'appréciation de la compétence du tribunal d'origine, le tribunal requis est lié par les constatations de fait

[90] L'ajout des mots soulignés a été proposé dans le Doc. trav. No 36 et accepté par consensus. Cet ajout précise que le chapitre III s'applique à tout jugement dont un des chefs de compétence sur lesquels il est fondé est conforme avec un chef de compétence requis de la Convention. Pour les fins de reconnaissance, l'art. 24 doit être limité aux décisions qui peuvent uniquement être fondées sur un chef de compétence prévu par le droit national.

[91] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Quelques délégations ont exprimé le souhait d'éviter l'emploi de termes techniques comme « *res judicata* » et « autorité de la chose jugée » puisqu'ils n'ont pas nécessairement la même signification dans tous les systèmes juridiques.

[92] Ce texte a été proposé comme alternative dans le Doc. trav. No 71. Le texte n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.

[93] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[94] Ce texte a été proposé comme alternative dans le Doc. trav. No 71. Le texte n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.

[95] L'ajout des termes entre crochets est proposé dans le Doc. trav. No 39. Cet ajout vise à assurer que les États contractants ne soient pas obligés de reconnaître ou d'exécuter les jugements dans les circonstances mentionnées dans ce paragraphe. Cette décision de différer ou de refuser la reconnaissance devrait être laissée au droit national.

[96] Cet article a fait l'objet d'un accord, sous réserve de l'identification des articles auxquels il s'applique.

[97] Ce paragraphe a fait l'objet d'un accord, sous réserve de l'identification des articles auxquels il s'applique.

[98] Cet article a fait l'objet d'un accord.

Article 24 Judgments excluded from Chapter III

This Chapter shall not apply to judgments based solely on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17, and which is not consistent with any basis of jurisdiction provided for in Articles [white list].[90]

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

1 A judgment based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, or which is consistent with any such ground, shall be recognised or enforced under this Chapter.

2 [In order to be recognised, a judgment referred to in paragraph 1 must have the effect of *res judicata* in the State of origin.][91]

or

[A judgment referred to in paragraph 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin.][92]

3 [In order to be enforceable, a judgment referred to in paragraph 1 must be enforceable in the State of origin.][93]

or

[A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin.][94]

4 However, recognition or enforcement may be postponed [or refused][95] if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking a review has not expired.

Article 26 Judgments not to be recognised or enforced[96]

A judgment based on a ground of jurisdiction which conflicts with Article 4, 5, 7, 8 or 12, or whose application is prohibited by virtue of Article 18, shall not be recognised or enforced.[97]

Article 27 Verification of jurisdiction[98]

1 The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.

2 In verifying the jurisdiction of the court of origin, the court addressed shall be bound by the findings of fact on

[90] The addition of the underlined words as proposed in Work. Doc. No 36 was accepted by consensus. The additional words make it clear that Chapter III will apply to any judgment based on one or more grounds of jurisdiction, so long as any one of those grounds is consistent with a required basis for jurisdiction under the Convention. For recognition purposes, the application of Art. 24 is confined to judgments that can only be based on jurisdiction provided for by national law.

[91] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. Some delegations wished to avoid the use of technical terms such as "*res judicata*" or "*autorité de la chose jugée*" which may not have a uniform meaning in all legal systems.

[92] This text was proposed as an alternative in Work. Doc. No 71. It has not yet been discussed.

[93] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.

[94] This text was proposed as an alternative in Work. Doc. No 71. It has not yet been discussed.

[95] The addition of the words in brackets is proposed by Work. Doc. No 39. The purpose is to ensure that Contracting States are not obliged to recognise or enforce judgments under the circumstances described in this paragraph. The decision whether to postpone or refuse recognition should be left to national law. The proposal has not yet been discussed.

[96] Agreement was reached on this Article subject to further identification of the Articles to which it will apply.

[97] Agreement was reached on this paragraph subject to further identification of the Articles to which it will apply.

[98] This Article was agreed to.

sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut.

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée au motif que le tribunal requis considère que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

Article 27A Comparution sans contestation de la compétence

1 Si, devant le tribunal d'origine –

a) le demandeur a introduit une action fondée sur un ou plusieurs des articles [liste blanche], et

b) le demandeur n'a pas fait valoir que le tribunal était compétent en vertu d'un autre chef de compétence prévu par le droit national, et

c) le tribunal n'a pas décidé qu'il était compétent en vertu d'un autre chef de compétence prévu par le droit national, et

[*d)* le défendeur procède au fond sans contester la compétence,][99]

le défendeur ne peut contester devant le tribunal requis la compétence du tribunal d'origine.

2 Cet article ne s'applique pas si les tribunaux d'un État contractant autre que l'État du tribunal d'origine étaient seuls compétents sous l'article 12[100].

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée [seulement][101] si :

a) un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant un tribunal de l'État requis, premier saisi conformément à l'article 21[102] ;

b) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu, soit dans l'État requis soit dans un autre État, pour autant qu'il soit, dans ce dernier cas, susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis[103] ;

[*c)* [le jugement résulte d'une procédure] [la procédure dans l'État d'origine était][104] incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis[, y compris le

which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 Recognition or enforcement of a judgment may not be refused on the ground that the court addressed considers that the court of origin should have declined jurisdiction in accordance with Article 22.

Article 27A Appearance without protest

1 If, in the proceedings before the court of origin, –

a) the plaintiff claimed that the court had jurisdiction on one of the grounds specified in Articles [white list]; and

b) the plaintiff did not claim that the court had jurisdiction on any other ground under national law; and

c) the court did not determine that it had jurisdiction under any other ground under national law; and

[*d)* the defendant proceeded on the merits without contesting jurisdiction,][99]

the defendant shall, in the court addressed, be precluded from contesting the jurisdiction of the court of origin.

2 This Article shall not apply if the courts of a Contracting State other than the State of the court of origin had exclusive jurisdiction under Article 12.[100]

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused [only][101] if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court of the State addressed, if first seised in accordance with Article 21;[102]

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed;[103]

[*c)* the [judgment results from] proceedings [in the State of origin were][104] incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed[, including the right

[99] Quelques délégations ont exprimé l'avis que ces termes, qui figurent en ce moment à l'art. 5 ci-dessus, devraient être insérés dans l'alinéa *d)*. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[100] Outre la question indiquée dans la note 99 ci-dessus, il y a eu consensus sur ce nouvel article proposé. Son objectif est de résoudre la difficulté mentionnée par les co-Rapporteurs en relation avec le texte de l'art. 5 tel qu'il apparaît dans l'avant-projet de convention d'octobre 1999 (voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 89) : en vertu du texte de l'avant-projet, la comparution du défendeur sans contestation de la compétence exercée en vertu du droit national (la zone grise) transformerait cette compétence en compétence requise. Il y a eu consensus pour dire que cela était un effet indésirable de cet article. Le nouveau texte proposé a pour effet de supprimer la comparution du défendeur de la liste des chefs de compétence requis (la liste blanche), mais si les conditions du para. 1er sont remplies, une comparution sans contestation de la compétence aura pour effet que le défendeur ne pourra plus contester la compétence du tribunal d'origine devant le tribunal requis.
[101] Une délégation a proposé dans le Doc. trav. No 38 l'ajout du mot « seulement » afin de préciser que la liste de motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution est exhaustive, voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 325. Il n'y a pas eu de consensus sur l'ajout de ce mot dans le texte.
[102] L'alinéa *a)* a été approuvé.
[103] L'alinéa *b)* a été approuvé.
[104] Une délégation a proposé dans le Doc. trav. No 38 la suppression des termes « le jugement résulte de » et l'ajout de l'expression « dans l'État d'origine ». Cela a pour objectif de clarifier la disposition. L'issue de cette discussion dépendra de la suite donnée au Doc. trav. No 51, voir ci-dessous.

[99] Some delegations expressed the view that the material presently found in Art. 5, above, should be incorporated into sub-para. *d)*. There was no consensus on this point.
[100] Apart from the matter noted in note 99 above, there was consensus on this proposed new Article. Its purpose is to overcome the difficulty referred to by the co-Reporters in relation to the text of Art. 5 as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999 (see the Nygh / Pocar Report, at No 89) that under the text as it then stood appearance without protest to a jurisdiction exercised pursuant to national law (the "grey zone") would convert that jurisdiction into required jurisdiction. There was a consensus that this would be an undesirable effect of the previous provision. The effect of the new provision would be to remove appearance by the defendant from the list of required jurisdictions (the "white list"), but appearance of the defendant without protest will, if the conditions set out in para. 1 are fulfilled, preclude the defendant from contesting the jurisdiction of the court of origin upon verification of the jurisdiction of that court by the court addressed.
[101] A delegation proposed in Work. Doc. No 38 the insertion of the word "only" to make clear that the following list is an exclusive list of grounds for refusal or enforcement, see the Nygh / Pocar Report, at No 325. There was no consensus on the inclusion of this word in the text.
[102] This sub-paragraph was agreed to.
[103] This sub-paragraph was agreed to.
[104] A delegation proposed in Work. Doc. No 38 the deletion of the words "judgment results from" and the insertion of the words "in the State of origin". This is intended to clarify the provision. Further discussion depends on the decision on Work. Doc. No 51, see below.

droit de chaque partie d'être entendue par un tribunal impartial et indépendant];][105]

d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre[, ou n'a pas été notifié en conformité avec une convention internationale applicable [ou avec les règles de droit nationales de l'État où la notification a eu lieu] [la Convention internationale à laquelle est Partie l'État où la notification a eu lieu]][106];

e) le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure[107];

f) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis[108].

2 Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre, le tribunal de l'État requis ne procède à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine[109].

Article 29 Pièces à produire[110]

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) [pour les fins de reconnaissance,] tout document de nature à établir que le jugement [possède l'autorité de la chose jugée] [est définitif] dans l'État d'origine [ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État] ;

[*d)* pour les fins d'exécution, tout document de nature à établir que le jugement est exécutoire dans l'État d'origine ;]

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

2 Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

3 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions de ce chapitre sont rem-

of each party to be heard by an impartial and independent court];][105]

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence[, or was not notified in conformity with an applicable international Convention [or the domestic rules of law of the State where such notification took place] [international Convention to which the State where such notification took place is a Party]];[106]

e) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;[107]

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.[108]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.[109]

Article 29 Documents to be produced[110]

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) [for recognition purposes,] all documents required to establish that the judgment is [*res judicata*] [final] in the State of origin [or, as the case may be, is enforceable in that State];

[*d)* for enforcement purposes, all documents required to establish that the judgment is enforceable in the State of origin;]

e) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 No legalisation or similar formality may be required.

3 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have

[105] Une délégation a proposé la suppression de l'alinéa *c)*, voir le Doc. trav. No 51, puisqu'il aurait pour effet d'inciter la partie perdante à mettre en doute l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'origine afin de différer l'exécution. Cela serait également contraire à la confiance mutuelle nécessaire entre les tribunaux des États contractants. Sous réserve d'une révision, la première partie de cet alinéa pourrait être acceptable. L'inclusion complète de l'alinéa dans sa présente forme n'a pas fait l'objet d'un consensus.
[106] La partie de l'alinéa *d)* qui ne figure pas entre crochets n'a soulevé aucune difficulté. Les termes entre crochets ont été soumis par deux délégations et représentent deux options. La première option permettrait au tribunal requis de refuser la reconnaissance lorsque la notification n'était pas conforme à la loi de l'État où elle a eu lieu. Dans la plupart des cas, mais pas dans tous, cela coïnciderait avec l'État requis. La deuxième option limiterait le motif de refus aux cas où une Convention internationale, telle que la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, a été violée. Il n'y a pas eu de consensus sur l'une ou l'autre de ces options.
[107] L'alinéa *e)* a été approuvé par consensus.
[108] L'alinéa *f)* a été approuvé par consensus.
[109] Ce paragraphe a été approuvé par consensus.
[110] Cet article a été approuvé par consensus à l'exception des termes entre crochets. Ces termes reprennent une proposition faite dans le Doc. trav. No 41 qui vise à aligner l'art. 29 sur une proposition d'amendement faite en rapport avec l'art. 25, laquelle doit encore être discutée.

[105] A delegation proposed the deletion of this sub-paragraph, see Work. Doc. No 51, because it would encourage attacks on the impartiality and independence of the court by the losing party in an attempt to delay enforcement. It would also be contrary to the need for mutual trust and confidence among the courts of Contracting States. It may be that, subject to revision, the first part of the sub-paragraph could be acceptable. There was no consensus on the continued inclusion of the sub-paragraph in its present form.
[106] No difficulties were raised about the portion of the sub-paragraph not in brackets. Two delegations put forward the material within the brackets as containing two options. The option contained within the first set of brackets would permit the requested court to deny recognition where service was not effected in accordance with the requirements of the law of the State where notification took place. In most cases, but not all, this would coincide with the State addressed. The second option would confine the ground for refusal to the cases where the applicable international Convention was violated, such as the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. There was no consensus on the acceptance of either option.
[107] Agreement was reached on this sub-paragraph.
[108] Agreement was reached on this sub-paragraph.
[109] Agreement was reached on this paragraph.
[110] This Article was approved by consensus except in relation to the material placed in brackets. That material incorporates a proposal made in Work. Doc. No 41 intended to conform to amendments offered to Art. 25 which have not as yet been resolved.

plies, ce tribunal peut exiger la production de tout autre document utile.

Article 30 Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. [La loi de l'État requis doit au moins prévoir un recours par l'exequatur ou l'enregistrement aux fins de l'exécution.][111] Le tribunal requis agira [conformément avec la procédure la plus rapide disponible dans le droit national][112] [rapidement].

Article 31 Frais de procédure

Aucun dépôt ni caution, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé[, pour la procédure de l'article 30,][113] pour garantir le paiement des frais et dépens à raison seulement de la possession par le requérant de la nationalité d'un autre État contractant ou de sa résidence habituelle dans un autre État contractant.

Article 32 Aide judiciaire[114]

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

Article 33 Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, doit être reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine[115].

2 *a)* Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que

[111] Une délégation a présenté cette proposition (voir le Doc. trav. No 49) afin d'assurer la possibilité d'au moins un appel à l'encontre d'une décision permettant ou refusant l'exequatur ou l'enregistrement. D'autres délégations se sont opposées à cette proposition au motif que la disponibilité d'un moyen de contestation ou de révision devrait être laissée au droit national. Cette question n'est pas résolue.

[112] Une délégation a proposé (voir le Doc. trav. No 42) le texte entre crochets pour remplacer le mot « rapidement » dans le texte actuel. Son objectif était de reprendre dans le texte de la Convention l'idée du commentaire des co-Rapporteurs, au No 355 du Rapport Nygh / Pocar, à l'effet que l'art. 30 « oblige les États contractants à utiliser [...] la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national ». Certaines délégations ont exprimé leur inquiétude que la proposition constitue un trop grand empiétement sur le droit national et que certaines procédures rapides prévues par exemple dans le contexte d'accords régionaux ne sont pas nécessairement appropriées dans le contexte d'une convention mondiale. Par une clarification additionnelle, les co-Rapporteurs ont signalé qu'une telle disposition n'obligerait pas un État à utiliser une procédure disponible spécifiquement aux fins d'un traité ou d'un accord auquel l'État serait Partie contractante, mais qu'elle référait plutôt à son droit non-conventionnel (droit commun). Aucun consensus n'a été atteint sur cette disposition.

[113] Une délégation a proposé (voir le Doc. trav. No 40) cet ajout dans le but de clarifier la portée de l'article sans en modifier la substance. D'autres délégations ont mis en doute la nécessité de cette disposition et ont exprimé leurs craintes à propos de conséquences non désirées. Il a également été fait mention de l'art. 16 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*. Le fond de cet article a fait l'objet d'un consensus.

[114] Une délégation a proposé (voir le Doc. trav. No 43) la suppression de cette disposition de la Convention puisqu'elle soulève des questions constitutionnelles. D'autres délégations n'ont pas considéré cette disposition comme étant essentielle et ont par conséquent suggéré sa suppression. En revanche, pour d'autres délégations cette disposition est d'une grande importance. Une délégation a proposé de résoudre la question par le biais d'un « *opt-in* ». La disposition doit faire l'objet d'un examen complémentaire.

[115] Le texte du para. 1er a été accepté par consensus. Il remplace celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

Doc.trav. No 98

been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Article 30 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. [The law of the State addressed must provide for the possibility to appeal against the declaration of enforceability or registration for enforcement.][111] The court addressed shall act [in accordance with the most rapid procedure available under local law][112] [expeditiously].

Article 31 Costs of proceedings

No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses [for the procedure of Article 30][113] shall be required by reason only that the applicant is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

Article 32 Legal aid[114]

[Natural persons habitually resident in a Contracting State shall be entitled, in proceedings for recognition and enforcement, to legal aid under the same conditions as apply to persons habitually resident in the requested State.]

Article 33 Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the State addressed could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.[115]

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court

[111] A delegation put forward this proposal (Work. Doc. No 49) in order to ensure that there be at least one possibility of an appeal against a decision either to grant or to refuse *exequatur* or registration. Other delegations opposed this proposal on the ground that the provision of a method of challenging or reviewing such a decision should be left to national law. The matter remains unresolved.

[112] A delegation proposed (Work. Doc. No 42) the language within brackets to replace the word "expeditiously" in the existing text. Its intention was to give expression in the text of the Convention to the comment of the Reporters at No 355 of the Nygh / Pocar Report that Art. 30 "obliges Contracting States to use [...] the most rapid procedure they possess in their national law". Concerns were expressed that the proposal would constitute too great an intrusion into national law and that certain rapid procedures that are provided for, for example, in the context of regional arrangements, are not necessarily appropriate in a worldwide convention. In a further clarification the co-Reporters pointed out that such a provision would not oblige a State to use a procedure made available specifically for the purposes of a treaty or arrangement to which that State was a Party, but referred to its non-treaty law (*droit commun*). There was no consensus on this provision.

[113] A delegation proposed (Work. Doc. No 40) this addition with the intention of clarifying the scope of the Article without changing the substance. Other delegations questioned the necessity for this provision and expressed fears about unintended consequences. Reference was also made to Art. 16 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*. Consensus was reached on the substance of this Article.

[114] A delegation proposed (Work. Doc. No 43) that this provision be deleted from the Convention because it raised constitutional concerns. Some delegations did not consider the provision essential and it could therefore be deleted. But for yet other delegations it was of great importance. It was suggested that the issue could be resolved through an "opt-in" provision. The Article will need further consideration.

[115] The text of para. 1 was approved by consensus and replaces the text of the preliminary draft Convention of October 1999.

dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs[116] ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter[117] le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine[118].

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

Article 34 Divisibilité

[Si le jugement statue sur plusieurs chefs de demande dissociables, la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, peut être accordé pour l'un ou plusieurs d'entre eux.][119]

ou

[*Reconnaissance ou exécution partielle*

La reconnaissance ou l'exécution partielle d'un jugement doit être accordée si :

a) la reconnaissance ou l'exécution partielle a été demandée ; ou

b) une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée selon la Convention ; ou

c) le jugement a été exécuté en partie.][120]

Article 35 Actes authentiques

[1 Chaque État contractant peut déclarer qu'il exécutera, sous réserve de réciprocité, les actes authentiques reçus et exécutoires dans un autre État contractant.][121]

ou

addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages[116] have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce[117] the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the State addressed in the same circumstances, including those existing in the State of origin.[118]

3 In applying paragraph 1 or 2, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 34 Severability

[If the judgment contains elements which are severable, one or more of them may be separately recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.][119]

or

[*Partial recognition or enforcement*

Partial recognition or enforcement of a judgment shall be granted where –

a) partial recognition or enforcement is applied for; or

b) only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention; or

c) the judgment has been satisfied in part.][120]

Article 35 Authentic instruments

1 [Each Contracting State may declare that it will enforce, subject to reciprocity, authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in another Contracting State.][121]

or

[116] Les co-Rapporteurs ont expliqué que leur commentaire au No 368 du Rapport Nygh / Pocar, selon lequel les termes « manifestement excessifs » doivent, de façon générale, « s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'État d'origine », ne signifie pas que le caractère manifestement excessif des dommages et intérêts doit uniquement être jugé d'après les standards du tribunal d'origine. Cela dépendra des circonstances de chaque affaire, plus particulièrement si le créancier bénéficiaire du jugement réside dans l'État d'origine ou dans l'État requis. Dans ce dernier cas, les standards de l'État requis joueront évidemment un plus grand rôle.
[117] L'ajout des termes soulignés, proposé dans le Doc. trav. No 55, vise à clarifier que l'article s'applique tant à la reconnaissance qu'à l'exécution, voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 364 du Rapport Nygh / Pocar. Cette proposition a été approuvée par consensus.
[118] Une délégation a demandé si les dommages et intérêts statutaires (c.-à-d. lorsque la loi détermine le montant à accorder en cas de violation), les dommages et intérêts préalablement fixés (lorsqu'un contrat détermine le montant à payer en cas d'un manquement) et les intérêts légaux sur les dommages et intérêts accordés étaient couverts par l'art. 33 et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature compensatoire ou non. Les co-Rapporteurs ont indiqué que l'art. 33 pourrait s'appliquer à ces cas et que la classification de ces dommages comme étant compensatoires ou punitifs serait déterminée d'après le droit national du tribunal requis en prenant en considération si la disposition en cause vise simplement à prévoir la compensation requise pour la victime ou à imposer une pénalité.
[119] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il a été noté par les co-Rapporteurs au No 373 du Rapport Nygh / Pocar que ce texte ne permet pas expressément l'exécution partielle. Une disposition de la sorte permettrait au tribunal requis de retrancher une fraction de la somme allouée par le jugement qui aurait déjà été payée ou autrement exécutée.
[120] Ce texte a été proposé comme alternative dans le Doc. trav. No 64. Il n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.
[121] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Selon ce texte, les États voulant bénéficier de l'art. 35 doivent expressément l'adopter sur une base de réciprocité avec les autres États faisant une déclaration similaire.

[116] The co-Reporters explained that the statement at No 368 of the Nygh / Pocar Report to the effect that as a general principle "grossly excessive" was likely to mean "grossly excessive according to the standards [of the] courts of the State of origin" did not mean that the question of whether the damages were grossly excessive should only be judged by the standards of the court of origin. This would depend on the circumstances of each case, especially on whether the judgment creditor was a resident of the State of origin or of the requested State. In the latter case, obviously the standards of the requested State would assume greater importance.
[117] The addition of the underlined words was proposed in Work. Doc. No 55 to make clear that the Article applies to both recognition and enforcement, see the comments of the co-Reporters at No 364 of the Nygh / Pocar Report. The proposal was accepted by consensus.
[118] A delegation inquired whether statutory damages (where a statute has determined the amount to be awarded in case of breach), liquidated damages (where a contract has determined the amount to be paid in case of breach) and fixed interest on damages awards would fall within the scope of Art. 33 and, if so, whether their character would be compensatory or non-compensatory. The co-Reporters indicated that Art. 33 would be applicable in such cases and that the classification of such damages as compensatory or punitive would be determined according to the national law of the requested court taking into account whether the provision in question merely sought to estimate what was required to compensate the plaintiff or sought to impose a penalty.
[119] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. It was noted by the co-Reporters at No 373 of the Nygh / Pocar Report that this text made no express provision for partial enforcement. Such a provision would allow the court addressed to sever the portion of the judgment which had already been paid or otherwise satisfied.
[120] This is an alternative text proposed in Work. Doc. No 64. It has not yet been discussed.
[121] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. According to that text, States wishing to take advantage of Art. 35 should specifically elect to adopt it on the basis of reciprocity with other States making a similar declaration.

[Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête[122], déclarés exécutoires dans un autre État contractant.][123]

2 L'acte authentique doit avoir été établi par une autorité publique ou un délégataire de l'autorité publique et l'authentification doit porter non seulement sur la signature mais aussi sur le contenu de l'acte[124].

[3 Les dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution figurant dans ce chapitre sont applicables, en tant que de besoin.][125]

[*Article X*[126]

Tout État contractant peut faire connaître au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la présente Convention, ou à tout moment ultérieure, au moyen d'une déclaration, qu'il n'appliquera pas l'article 35, ou qu'il l'appliquera sous condition de réciprocité[127].][128]

Article 36 Transactions[129]

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

Article 37 Rapport avec d'autres Conventions

Cette question n'a pas encore été discutée.

Articles 38 à 40 Interprétation uniforme

Cette question n'a pas encore été discutée.

Article 41 Clause fédérale

Cette question n'a pas encore été discutée.

[Article 42 Ratification et adhésion[130]

Alternative A

[1 Cette Convention s'applique entre deux États contractants au moment de son entrée en vigueur pour autant que les deux États aient chacun déposé une déclaration qui confirme

[122] Un examen supplémentaire sera requis afin de clarifier ce qu'on entend par l'expression « sur requête » ou si la méthode et la forme pour soumettre la requête (par écrit, à un tribunal ou une autre instance) doivent être déterminées par le droit national.
[123] Ce texte est proposé dans le Doc. trav. No 62. Selon ce texte, à défaut d'une déclaration telle que celle proposée dans l'art. X ci-dessous, l'art. 35 s'appliquera à tous les États contractants. Aucune des versions présentées n'a fait l'objet d'un consensus.
[124] Ce paragraphe a été approuvé par consensus.
[125] Il a été décidé de maintenir ce paragraphe entre crochets.
[126] Si cette disposition est acceptée, elle sera vraisemblablement incluse dans les Dispositions finales de la Convention. Si elle est acceptée, elle donnera aux États contractants les options suivantes :
– dans aucun cas n'appliquer l'art. 35 ;
– appliquer l'art. 35 sous condition de réciprocité ; ou
– appliquer l'art. 35 sans exiger la réciprocité, c'est-à-dire, lorsqu'un État contractant est prêt à donner effet aux actes authentiques bien qu'il ne connaisse pas cette institution dans son droit national.
[127] Il reste à décider si la réciprocité doit être requise.
[128] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette disposition.
[129] Cet article a été approuvé par consensus.
[130] Il a été décidé d'inclure les deux propositions suivantes dans ce document afin de faciliter les discussions futures sur le sujet. La question de savoir s'il devrait y avoir une disposition traitant de la bilatéralisation et, si oui, quelle devrait être la forme d'une telle disposition et jusqu'où cette bilatéralisation devrait s'étendre, n'a pas été tranchée.

[Authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in a Contracting State shall, upon request,[122] be declared enforceable in another Contracting State.][123]

2 The authentic instrument must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority and the authentication must relate to both the signature and the content of the document.[124]

[3 The provisions concerning recognition and enforcement provided for in this Chapter shall apply as appropriate.][125]

[*Article X*[126]

Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to, this Convention, or at any time thereafter, make a declaration that it will not apply Article 35, or that it will apply that Article subject to reciprocity.[127]][128]

Article 36 Settlements[129]

Settlements to which a court has given its authority shall be recognised, declared enforceable or registered for enforcement in the State addressed under the same conditions as judgments falling within the Convention, so far as those conditions apply to settlements.

Article 37 Relationship with other Conventions

This matter has not yet been discussed.

Articles 38 to 40 inclusive Uniform interpretation

This matter has not yet been discussed.

Article 41 Federal clause

This matter has not yet been discussed.

[Article 42 Ratification of and accession to the Convention[130]

Alternative A

[1 This Convention shall become effective between any two Contracting States on the date of entry into force provided that the two States have each deposited a declaration

[122] Further discussion will be necessary to clarify what is meant by the words "upon request" or whether the method and form of making the request (in writing, to a court or other instance) should be left to national law.
[123] This text is proposed in Work. Doc. No 62. According to this text, Art. 35 will apply to all Contracting States in the absence of a declaration as envisaged in the proposed Art. X below. No consensus was reached on the version of para. 1 to be preferred.
[124] This paragraph was accepted by consensus.
[125] It was decided that this paragraph should remain within square brackets.
[126] This provision, if accepted, will probably be placed among the Final Provisions of the Convention. If accepted, it will give Contracting States the following options:
– not to apply Art. 35 under any circumstances;
– to apply Art. 35 on condition of reciprocity; or
– to apply Art. 35 without requiring reciprocity, that is, where a Contracting State is prepared to give effect to authentic instruments, although it does not provide for that institution under its domestic law.
[127] It remains to be decided whether reciprocity should be required.
[128] There was no consensus on this provision.
[129] This Article was approved by consensus.
[130] It was agreed that the two following proposals be included in this document in order to assist in the future discussion of this subject. There was no decision on whether there should be a provision dealing with bilateralisation and, if so, what form such a provision should take and how far bilateralisation should extend.

l'entrée en vigueur entre ces deux États de leurs obligations conventionnelles.

2 Lors du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, chaque État dépose auprès du dépositaire un exemplaire de ses déclarations concernant tous les États contractants avec lesquels il sera lié en vertu de la Convention. Un État contractant peut retirer ou modifier une déclaration en tout temps.

3 Le dépositaire porte toutes les déclarations qu'il reçoit à la connaissance de tous les États contractants et aux États membres de la Conférence de La Haye.

4 La Conférence de La Haye de droit international privé publie régulièrement des informations relatives aux déclarations déposées conformément au présent article.]

Alternative B

[1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-neuvième session.

2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

3 Tout autre État pourra adhérer à la Convention.

4 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

5 La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument d'adhésion.

6 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérant et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration devra également être faite par tout État membre ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.

7 La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérant et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de la déclaration d'acceptation.][131]]

confirming the entry into force between the two States of treaty relations under this Convention.

2 At the time of deposit of its instrument of ratification or accession, or at any time thereafter, each State shall deposit with the depository a copy of its declarations concerning all Contracting States with which the State will enter into treaty relations under the Convention. A Contracting State may withdraw or modify a declaration at any time.

3 The depository shall circulate all declarations received to all Contracting States and to Member States of the Hague Conference.

4 The Hague Conference on Private International Law shall regularly publish information reporting on the declarations that have been deposited pursuant to this Article.]

Alternative B

[1 The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Nineteenth Session.

2 It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

3 Any other State may accede to the Convention.

4 The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

5 The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of accession.

6 The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration will also have to be made by any Member State ratifying, accepting or approving the Convention after an accession. Such declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.

7 The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the first day of the third calendar month after the deposit of the declaration of acceptance.][131]]

[131] Cette proposition s'inspire des art. 37 et 38 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.*

[131] This proposal follows the language of Arts 37 and 38 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.*

Documents de travail Nos 99 à 107

Working Documents Nos 99 to 107

Distribués le mardi 19 juin 2001

Distributed on Tuesday 19 June 2001

No 99 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 2 amendment:

Article 2 Territorial scope

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State or in the territory of a regional economic integration organisation that is a Contracting Party under Article [ ]. However, even if all the parties are habitually resident in that Contracting State or Party ~~State~~ –

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute;

b) Article 12, regarding exclusive jurisdiction, shall apply;

c) Articles 21 and 22 shall apply where the court is required to determine whether to decline jurisdiction or suspend its proceedings on the grounds that the dispute ought to be determined in the courts of another Contracting State.

2 The provisions of Chapter III apply to the recognition and enforcement in a Contracting State of a judgment rendered in another Contracting State.

No 100 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 37A Relationship with Conventions in particular matters

This Convention shall not affect the application of any other Convention to which the Contracting States are or will be Parties and which, in relation to particular matters, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, provided that the application of such other convention shall not affect the rights and obligations under this Convention of any State Party that is not a Party to such other Convention.

No 101 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article X Allocation of jurisdiction under this Convention

Nothing in this Convention shall affect any rule of a Contracting State regarding the internal allocation of jurisdiction among the courts of that State.

No 102 – Résultat des discussions du Groupe de travail informel sur la propriété intellectuelle – Outcome of discussions of the Informal Working Group on Intellectual Property

Option 1 : Proposition révisée du Royaume-Uni (Doc. trav. No 68)

Article 12 Compétences exclusives

1 [...]

2 [...]

3 Si l'action porte sur la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics autres que ceux concernant les droits de propriété intellectuelle, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel ces registres sont tenus.

4 Si l'action porte sur la délivrance, l'enregistrement, la validité, l'abandon / la renonciation, la révocation / la résiliation ou la contrefaçon[1, 2] d'un brevet ou d'une marque, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant de délivrance ou enregistrement[3].

5 Si l'action porte sur la validité, la renonciation / l'abandon ou la contrefaçon d'une marque non enregistrée [ou d'un dessin], sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel des droits découlent de la marque [ou du dessin].

6 [Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas si une des matières susmentionnées se pose à titre incident dans une procédure devant un tribunal n'ayant pas la compétence exclusive selon ces paragraphes. Néanmoins, une décision sur une telle question n'aura pas d'effet contraignant dans des procédures subséquentes, même si elles ont lieu entre les mêmes parties. Une question se pose à titre incident si le tribunal saisi n'est pas requis de rendre un jugement sur cette question, même si une telle décision est nécessaire pour le raisonnement pour parvenir au jugement.]

7 [Dans cet article, d'autres droits enregistrés de propriété industrielle (sauf le droit d'auteur et les droits voisins, même si leur enregistrement ou dépôt est possible) sont traités de la même façon que les brevets et les marques.]

8 Aux fins du présent article, «tribunal» comprend un Office des brevets ou toute autre autorité comparable[4].

Option 2 : Proposition de la Suisse (Doc. trav. No 65)

Article 12 Propriété intellectuelle

Supprimer les paragraphes premier à 3 de l'avant-projet de 1999 (cf. également le Doc. trav. No 4).

1 Si l'action porte sur l'inscription, la validité, la nullité, l'annulation ou la révocation de brevets, marques, dessins et

[1] Pour un certain nombre de délégations, une clause finale ou de déconnexion satisfaisante par rapport à des instruments actuels et futurs qui règlent la compétence, la reconnaissance et l'exécution pour des matières spécifiques telles que la propriété intellectuelle est une condition pour l'inclusion de la contrefaçon dans cet article sur les compétences exclusives.

[2] Il était noté qu'en décidant quelles procédures (par ex. une action portant sur la contrefaçon qui est basée soit sur une loi sur la concurrence déloyale, soit sur une loi sur les brevets ou les marques ou une action portant sur certains délits du *common law* comme le «*passing off*») seraient couvertes par «contrefaçon», la solution devrait être en accord avec la possible exclusion de «*anti-trust and competition*» du champ d'application de l'avant-projet de Convention.

[3] Ce paragraphe couvre également la situation dans laquelle une demande de délivrance ou d'enregistrement d'un brevet ou d'une marque a été déposée.

[4] Ce paragraphe pourrait être nécessaire pour que les décisions d'un tel organe soient couvertes du chapitre sur la reconnaissance.

modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel, ou pour lequel, le dépôt, l'inscription ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale[5].

2 Le paragraphe précédent ne s'applique pas :

a) aux droits d'auteur ni aux droits voisins, même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement;

b) [lorsque le tribunal est saisi des questions qui y sont mentionnées à titre incident, sans qu'il soit requis de rendre un jugement à leur égard].

3 Pour les actions portant sur la violation d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou modèle, ou d'un autre droit analogue, sont compétents les tribunaux désignés au paragraphe premier ou aux dispositions des articles [3 à 16][6].

* * *

Option 1: Revised proposal of the United Kingdom (Work. Doc. No 68)

Article 12 Exclusive jurisdiction

1 [...]

2 [...]

3 In proceedings concerning the validity of entries in public registers other than those dealing with intellectual property rights, the courts of the Contracting State in which the register is kept shall have exclusive jurisdiction.

4 In proceedings in which the relief sought is a judgment on the grant, registration, validity, abandonment, revocation or infringement[1, 2] of a patent or a mark, the courts of the Contracting State of grant or registration shall have exclusive jurisdiction.[3]

5 In proceedings in which the relief sought is a judgment on the validity, abandonment or infringement of an unregistered mark [or design], the courts of the Contracting State in which rights in the mark [or design] arose shall have exclusive jurisdiction.

6 [Paragraphs 4 and 5 shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question in proceedings before a court not having exclusive jurisdiction under those paragraphs. However, the ruling on that matter shall have no binding effect in subsequent proceedings, even if they are between the same parties. A matter arises as an incidental question if the court is not requested to give a judgment on that matter, even if a ruling on it is a necessary step in the reasoning that leads to the judgment.]

7 [In this Article, other registered industrial property rights (but not copyright or neighbouring rights, even when registration or deposit is possible) shall be treated in the same way as patents and marks.]

8 [For the purpose of this Article, "court" shall include a Patent Office or similar agency.][4]

Option 2: Proposal of Switzerland (Work. Doc. No 65)

Article 12 Intellectual property

Delete paragraphs 1 to 3 of the1999 preliminary draft (see also Work. Doc. No 4).

1 In proceedings which have as their object the registration, the validity, the nullity or invalidation of patents, trademarks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which, or for which, the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction.[5]

2 The preceding paragraph shall not apply –

a) to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible;

b) [when the matters referred to therein arise as incidental questions, the court not being requested to render a judgment in their respect].

3 In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, trademarks, designs or other similar rights, the courts of the Contracting State referred to in the preceding paragraph or in the provisions of Articles [3 to 16] have jurisdiction.[6]

No 103 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 21 Lis pendens

1 When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction under Articles [white list] and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4 or 12.

2 The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.

3 Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.

4 The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of

[5] Il conviendra d'examiner si les marques non enregistrées doivent être incluses dans cette catégorie.
[6] Il conviendra d'exclure cette disposition de la réserve faite à l'art. 17.
[1] For a number of delegations, a satisfactory final or disconnection clause with respect to existing and future instruments regulating jurisdiction, recognition and enforcement for specific areas such as intellectual property is a precondition for including infringement in this Article on exclusive jurisdiction.
[2] It was pointed out that, when deciding which proceedings (*e.g.*, infringement proceedings based on provisions of an Unfair Competition Act or of a Patent or Trademark Act, or proceedings concerning certain common law torts such as passing off) were to be covered by "infringement", the solution should be consistent with the possible exclusion of "anti-trust and competition" from the scope of the preliminary draft Convention.
[3] This paragraph also covers situations where an application for the grant or registration of a patent or a mark has been filed.
[4] This paragraph might be necessary for decisions of these organs to be covered by the Chapter on recognition.
[5] It will have to be examined whether unregistered trademarks have to be included in this category.
[6] This provision will have to be excluded from the exceptions stated in Art. 17.

Doc.trav./Work.Docs Nos 99-107

that court is based on the national law of that State in accordance with Article 17.

5 For the purposes of this Article, a court shall be deemed to be seised –

a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, or

b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.

[As appropriate, universal time is applicable.]

6 If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised –

a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised, and

b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.

7 This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

1 In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.

2 The court shall take into account, in particular –

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;

b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;

c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

3 In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4 If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.

5 When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court, or

b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction.

6 This Article shall not apply where the court has jurisdiction under Article 17 [grey list]. In such a case, national law shall govern the question of declining jurisdiction.

No 104 – Variantes identifiées par le Groupe de travail informel sur les contrats conclus par les consommateurs – Options identified by the Informal Working Group on Consumer Contracts

Article 7 Contrats conclus par les consommateurs

1 Cet article s'applique aux contrats entre une personne physique qui agit principalement dans un but personnel, familial ou domestique, le consommateur, avec une personne qui agit dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale[, à moins que cette autre partie ne prouve qu'il ne savait pas et n'avait aucune raison de savoir que le consommateur concluait le contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique et qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il l'avait su].

2 Sous réserve des paragraphes [5 à 7], un consommateur peut introduire [des procédures / une action contractuelle] devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle, si l'action est relative à un contrat qui résulte des activités incluant la promotion ou la négociation de contrats, que l'autre partie a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État[, à moins que [cette partie établisse que] :

a) le consommateur [n'ait] [a] accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État ; et

[*b)* les biens [n'aient] [ont] été livrés ou les services n'aient été fournis au consommateur alors qu'il se trouvait dans cet autre État.]]

[3 Aux fins du paragraphe 2 l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un État si l'autre partie démontre qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet État.]

4 Sous réserve des paragraphes [5 à 7], l'autre partie au contrat peut instituer des procédures contre un consommateur en vertu de la Convention seulement devant les tribunaux de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

Variante 1 – Projet révisé d'Édimbourg

(accord d'élection de for valable si le droit de l'État de la résidence du consommateur le prévoit, déclaration relative à l'exécution)

5 L'article 4 s'applique à un accord d'élection de for conclu entre un consommateur et l'autre partie si l'accord est conclu après la naissance du litige.

6 Lorsque le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui satisfait les conditions de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige, le consommateur peut introduire des procédures contre l'autre partie devant les tribunaux de l'État désigné dans l'accord.

7 Lorsque le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui satisfait les conditions de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige, l'article 4 s'applique à l'accord dans la mesure où il lie les deux parties en vertu du droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur au moment de la conclusion de l'accord.

Article 25

« Sous réserve de l'article 25 *bis* [...] »

[*Article 25* bis

1 Un État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ou n'exécutera pas un jugement en vertu du présent chapitre, ou indiquer quelles sont les conditions auxquelles il reconnaîtra ou exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, lorsque :

a) le jugement a été rendu par le tribunal d'origine en vertu de l'article 7(2) [ou 8(2)] ; et

b) les parties avaient conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4 par lequel elles désignent un tribunal autre que le tribunal d'origine.

2 [Une déclaration en vertu du présent article ne peut être faite pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en application de l'article 7(2) [ou 8(2)] si l'État contractant qui fait la déclaration serait compétent en vertu de l'article pertinent dans un cas correspondant.]

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée par un État contractant qui a fait une déclaration prévue par le paragraphe premier conformément aux termes de cette déclaration.]

Qui est compétent selon cette variante ?
S'il y a un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige, le consommateur peut poursuivre l'entreprise suivant les fors de la liste blanche dans (1) le tribunal désigné dans l'accord, ou (2) la résidence habituelle du consommateur, ou (3) un autre for relevant d'un chef de compétence de la liste blanche, à moins que le consommateur ne réside dans un État où en vertu du droit national ces accords d'élection de for lient les parties, auquel cas le consommateur n'aura qu'un for blanc dans le tribunal désigné par l'accord. Le consommateur peut instituer des procédures à l'encontre de l'entreprise partout (qu'il y ait un for blanc ou gris selon le droit national) malgré la clause d'élection de for, si le droit national de l'État dans lequel le consommateur réside le permet.

Qui reconnaîtra et exécutera le jugement ?
Un aspect de cette variante est que certains jugements fondés sur la liste blanche ne pourront être exécutés dans les États contractants qui auront fait la déclaration en vertu de l'article 25 bis. *Selon cet article, un État peut déclarer qu'il ne reconnaîtra et n'exécutera que les jugements en vertu de la Convention qui sont rendus conformément à un accord d'élection de for entre les parties. Les jugements rendus sur la base du for protégé de l'article 7(2) seront exécutés dans les États n'ayant pas fait de déclaration malgré l'accord d'élection de for. Les jugements fondés sur un accord d'élection de for dans des procédures instituées par des consommateurs seront exécutés dans tous les États contractants. Les jugements fondés sur un accord d'élection de for dans des procédures instituées à l'encontre d'un consommateur seront exécutés seulement si l'accord lie les parties selon le droit de la résidence habituelle du consommateur.*
L'article 25 bis*(2) a pour objectif d'empêcher un État qui fait la déclaration suivant l'article 25* bis*(1) de refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement lorsque cet État ne prévoit pas que les accords d'élection de for lient les consommateurs de cet État.*

Variante 2 – Déclarations relatives à la compétence et à l'exécution

Variante 2A – Accord d'élection de for valable en l'absence de déclaration, possibilité de déclarer que les accords d'élection de for conclus avant la naissance du litige n'auront pas d'effet quant à la compétence et à l'exécution.

5 Un accord d'élection de for peut déroger à cet article s'il est conforme à l'article 4.

6 Un État contractant peut déclarer que :

a) il ne donnera d'effet à un accord d'élection de for que s'il est conclu après la naissance du litige ou dans la mesure où il permet au consommateur d'instituer des procédures devant un tribunal différent de celui indiqué dans cet article ou dans l'article 3, et

b) il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement fondé sur un accord d'élection de for qui ne satisfait pas les conditions de l'alinéa *a)*.

Qui est compétent selon cette variante ?
Suivant cette variante, les accords d'élection de for valables conclus avant la naissance du litige lient les consommateurs et ils ne peuvent instituer de procédures que devant le tribunal désigné, à moins que l'État dans lequel le consommateur institue ses procédures ait fait la déclaration selon le paragraphe 6. Si le consommateur institue des procédures dans un État qui a fait la déclaration, le consommateur peut fonder la compétence du tribunal sur un chef de la liste blanche ou de la liste grise de cet État. Si l'État dans lequel le consommateur réside a fait une déclaration, le consommateur peut y instituer des procédures suivant le paragraphe 2. Le consommateur peut toujours instituer des procédures devant un tribunal désigné.

Qui reconnaîtra et exécutera le jugement ?
Les États qui feront la déclaration reconnaîtront et exécuteront les jugements fondés sur la compétence de protection du paragraphe 2 malgré l'accord d'élection de for. Ils ne reconnaîtront et n'exécuteront pas les jugements fondés sur un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige dans les procédures intentées contre le consommateur. Les États qui n'ont pas fait la déclaration reconnaîtront et exécuteront les jugements fondés sur un accord d'élection de for valable dans les poursuites intentées contre le consommateur. Ils ne reconnaîtront et n'exécuteront pas les jugements fondés sur la résidence habituelle du consommateur, ou un autre chef de la liste blanche à l'encontre de l'accord d'élection de for. Les jugements rendus sur la base d'un accord d'élection de for dans les procédures instituées par un consommateur seront reconnus et exécutés dans tous les États contractants.

Variante 2B – Effet limité de l'élection de for sans une déclaration, possibilité de déclarer que les accords d'élection de for conclus avant la naissance du litige seront respectés pour

Doc.trav./Work.Docs Nos 99-107

les fins de compétence et d'exécution dans l'État qui fait la déclaration

5 L'article 4 s'appliquè à un accord conclu entre un consommateur et une autre partie si l'accord est conclu après la naissance du litige; ou dans la mesure où il permet au consommateur d'introduire des procédures devant les tribunaux d'un État autre que l'État de sa résidence habituelle.

6 Un État contractant peut déclarer dans les circonstances précisées dans la déclaration:

a) qu'il donnera effet à un accord d'élection de for conclu après la naissance du litige;

b) qu'il reconnaîtra et exécutera un jugement rendu à la suite de procédures instituées par l'autre partie suivant un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige;

c) qu'il ne reconnaîtra pas ni n'exécutera un jugement rendu par un tribunal devant lequel les procédures ont été instituées à l'encontre d'un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige.

Qui est compétent suivant cette variante ?
Suivant cette variante, les accords d'élection de for conclus avant la naissance du litige ne lient pas les consommateurs et ceux-ci peuvent instituer des procédures devant les tribunaux désignés ou devant un autre tribunal compétent suivant la liste blanche, à moins que l'État dans lequel le consommateur institue des procédures ait fait la déclaration suivant le paragraphe 6. Si le consommateur institue les procédures dans un État qui n'a pas fait la déclaration, il peut le faire en vertu des chefs de compétence de la liste blanche ou de la liste grise existants dans cet État. Si l'État dans lequel le consommateur est habituellement résident n'a pas fait de déclaration, le consommateur peut poursuivre devant les tribunaux de cet État en vertu du paragraphe 2. Le consommateur peut toujours instituer des procédures devant un tribunal désigné. L'autre partie peut poursuivre le consommateur dans un tribunal désigné qui n'est pas celui de la résidence habituelle du consommateur, et il n'y aura une compétence de la liste blanche que si l'État de ce tribunal a fait la déclaration.

Qui reconnaîtra et exécutera le jugement ?
Les États qui ne feront pas la déclaration reconnaîtront et exécuteront les jugements fondés sur le for protégé du paragraphe 2 malgré l'accord d'élection de for. Ils ne reconnaîtront et n'exécuteront pas les jugements fondés sur une clause d'élection de for dans les procédures instituées à l'encontre d'un consommateur. Les États qui feront la déclaration reconnaîtront et exécuteront les jugements fondés sur un accord d'élection de for dans les procédures instituées contre le consommateur. Ils ne reconnaîtront et n'exécuteront pas les jugements rendus dans la résidence habituelle du consommateur, ou un autre chef de la liste blanche, contrairement à un accord d'élection de for.

Variante 3 – Une zone grise élargie

5 L'article 4 s'applique à un accord entre un consommateur et l'autre partie si l'accord a été conclu après la naissance du litige.

6 Si le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui est conforme aux exigences de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige:

a) le consommateur peut instituer des procédures contre l'autre partie en vertu de la Convention devant les tribunaux de l'État désigné dans cet accord;

b) le consommateur ne peut instituer des procédures en vertu de la Convention devant un autre tribunal à moins que l'accord permette l'institution de procédures devant cet autre tribunal;

c) l'autre partie peut introduire une action contre le consommateur en vertu de la Convention seulement si l'accord permet l'introduction de procédures devant les tribunaux de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

Suivant cette variante, les fors de compétence et de reconnaissance et d'exécution de la liste blanche sont beaucoup plus restreints. Essentiellement, la zone grise s'appliquera chaque fois qu'il y a un accord d'élection de for qui désigne un tribunal dans un État autre que celui de la résidence habituelle du consommateur – dans ces circonstances, la liste blanche de juridiction ne peut être fondée ni sur la clause d'élection de for ni sur un autre chef de compétence en vertu de la Convention.
Si un consommateur institue les procédures à l'encontre de l'entreprise et qu'il y a une clause d'élection de for, le consommateur peut seulement obtenir un jugement qui peut être reconnu et exécuté en vertu de la Convention dans un autre État contractant dans le for désigné. Si l'entreprise institue les procédures à l'encontre du consommateur et qu'il y a un accord d'élection de for, l'entreprise ne peut recourir aux règles de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution que si le for désigné par l'accord est l'État dans lequel le consommateur réside habituellement. Le consommateur ou l'entreprise peuvent instituer les procédures dans un autre État suivant le droit national (exemple: un consommateur allemand peut instituer les procédures en Allemagne suivant une compétence de protection du droit national) mais la décision de reconnaître et d'exécuter le jugement sera laissée au droit national dans les autres États.

Variante 4 – Exclure les contrats de consommation du champ d'application de la Convention

* * *

Article 7 Contracts concluded by consumers

1 This Article applies to contracts between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes, the consumer, and another party acting for the purposes of its trade or profession[, unless the other party demonstrates that it neither knew nor had reason to know that the consumer was concluding the contract primarily for personal, family or household purposes, and would not have entered into the contract if it had known otherwise].

2 Subject to paragraphs [5 to 7], a consumer may bring [proceedings / an action in contract] in the courts of the State in which the consumer is habitually resident if the claim relates to a contract which arises out of activities, including promotion or negotiation of contracts, which the other party engaged in in that State, or directed to that State[, unless [that party establishes that] –

a) the consumer took the steps necessary for the conclusion of the contract in another State; and

[*b)* the goods or services were supplied to the consumer while the consumer was present in that other State.]]

[3 For the purposes of paragraph 2, activity shall not be regarded as being directed to a State if the other party demonstrates that it took reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in the State.]

4 Subject to paragraphs [5 to 7], the other party to the contract may bring proceedings against a consumer under this Convention only in the courts of the State in which the consumer is habitually resident.

Option 1 – Revised Edinburgh draft

(forum clause effective if law of consumer's residence so provides; declaration in relation to enforcement)

5 Article 4 applies to a jurisdiction agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen.

6 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen, the consumer may bring proceedings against the other party in the courts of the State designated in that agreement.

7 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen, Article 4 applies to the agreement to the extent that it is binding on both parties under the law of the State in which the consumer is habitually resident at the time the agreement is entered into.

Article 25

"Subject to Article 25 *bis* [...]"

[*Article 25* bis

1 A Contracting State may make a declaration that it will not recognise or enforce a judgment under this Chapter, or a declaration specifying the conditions under which it will recognise or enforce a judgment under this Chapter, where –

a) the judgment was rendered by the court of origin under Article 7(2) [or Article 8(2)]; and

b) the parties had entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4 designating a court other than the court of origin.

2 [A declaration under this Article may not deny recognition and enforcement of a judgment given under Article 7(2) [or Article 8(2)] if the Contracting State making the declaration would exercise jurisdiction under the relevant Article in a corresponding case.]

3 Recognition or enforcement of a judgment may be refused by a Contracting State that has made a declaration contemplated by paragraph 1 in accordance with the terms of that declaration.]

Who has jurisdiction under this option?
If there is a pre-dispute forum clause, the consumer can sue the business under a white list jurisdiction in (1) the forum designated in the agreement, or (2) the consumer's habitual residence, or (3) any other white list forum, unless the consumer resides in a State where the national law treats such forum clauses as binding, in which case the consumer will only have a white list claim in a forum designated in the agreement. The consumer is able to bring a claim against the business anywhere (whether under the white list or national law (grey list)) despite a forum clause, if the national law of the State in which the consumer resides allows this.

Who will recognise and enforce the judgment?
An unusual aspect of this option is that some white list judgments will not be enforced in Contracting States which have made declarations under Article 25 bis. *Under that Article, a State may declare that it will only recognise or enforce judgments under the Convention which are consistent with a choice of court agreement between the parties. Judgments based on the protective jurisdiction in Article 7(2) will be enforceable in non-declaring States notwithstanding forum clauses. Judgments based on forum clauses in proceedings brought by consumers will be enforceable in all Contracting States. Judgments based on forum clauses in proceedings brought against the consumer will be enforceable if and only if the clause is binding under the law of the consumer's habitual residence.*
Article 25 bis*(2) is intended to prevent States that make a declaration under Article 25* bis*(1) from denying recognition or enforcement of a judgment when the State does not treat such choice of court provisions as binding on its own consumers.*

Option 2 – Declarations in relation to jurisdiction and enforcement

Option 2A – Forum clauses effective absent a declaration; ability to declare that pre-dispute forum clauses will not be effective for jurisdiction and enforcement purposes.

5 This provision may be departed from by a jurisdiction agreement provided that it conforms with the requirements of Article 4.

6 A Contracting State may declare that –

a) it will only respect a jurisdiction agreement if it is entered into after the dispute has arisen or to the extent that it allows the consumer to bring proceedings in a court other than a court indicated in this Article or in Article 3; and

b) it will not recognise and enforce a judgment where jurisdiction has been taken in accordance with a jurisdiction agreement that does not fulfil the requirements in subparagraph *a)*.

Who has jurisdiction under this option?
Under this option, valid pre-dispute forum clauses are binding on consumers, and they can only sue in the designated court, unless the State in which the consumer sues has made a declaration under paragraph 6. If the consumer sues in a State which has made a declaration, the consumer can rely on any white list ground or any grey list ground available in that State. In particular, if the State in which the consumer resides has made a declaration, the consumer can sue there under paragraph 2. The consumer can always sue in a designated court.

Who will recognise and enforce the judgment?
Declaring States will recognise and enforce judgments based on the paragraph 2 protective forum notwithstanding a forum clause. They will not recognise and enforce judgments based on a pre-dispute forum clause in claims against the consumer. Non-declaring States will recognise and enforce judgments based on valid forum clauses in claims against a consumer. They will not recognise and enforce judgments given in the consumer's habitual residence, or any other white list forum, inconsistent with a forum clause. Judgments based on forum clauses in proceedings brought by the consumer will be recognised and enforced in all Contracting States.

Doc.trav./Work.Docs Nos 99-107

Option 2B – Forum clauses have limited effect absent a declaration; ability to declare that pre-dispute forum clauses will be respected for jurisdiction and enforcement purposes in the declaring State

5 Article 4 applies to an agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or to the extent that the agreement permits the consumer to bring proceedings in a court other than the consumer's habitual residence.

6 A Contracting State may declare that in the circumstances specified in that declaration –

a) it will respect a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen;

b) it will recognise and enforce a judgment in proceedings brought by the other party given by a court under a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen;

c) it will not recognise and enforce a judgment given by a court in which proceedings could not be brought consistently with a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen.

Who has jurisdiction under this option?
Under this option, pre-dispute forum clauses are not binding on consumers, and they can sue in the designated court or in any other available white list forum, unless the State in which the consumer sues has made a declaration under paragraph 6. If the consumer sues in a State which has not made a declaration, the consumer can rely on any white list ground or any grey list ground available in that State. In particular, if the State in which the consumer is habitually resident has not made a declaration, the consumer can sue there under paragraph 2. The consumer can always sue in a designated court. The other party can sue the consumer in a designated court which is not the consumer's habitual residence, and there will be white list jurisdiction there, only if the State of that court has made a declaration.

Who will recognise and enforce the judgment?
Non-declaring States will recognise and enforce judgments based on the paragraph 2 protective forum notwithstanding a forum clause. They will not recognise and enforce judgments based on a forum clause in claims against the consumer. Declaring States will recognise and enforce judgments based on forum clauses in claims against a consumer. They will not recognise and enforce judgments given in the consumer's habitual residence, or any other white list forum, inconsistently with a forum clause.

Option 3 – Enlarged grey zone

5 Article 4 applies to an agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen.

6 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen –

a) the consumer may bring proceedings against the other party under this Convention in the courts of the State designated in that agreement;

b) the consumer may not bring proceedings under this Convention in any other court, unless the agreement permits the proceedings to be brought in that court;

c) the other party may bring proceedings against the consumer under this Convention only if the agreement permits the proceedings to be brought in the courts of the State in which the consumer is habitually resident.

Under this option, white list grounds for jurisdiction and enforcement are far more restricted. Essentially, the grey zone applies whenever there is a forum clause designating a court in a State other than the consumer's habitual residence – in these circumstances, white list jurisdiction can be founded neither on the forum clause, nor on other Convention grounds of jurisdiction.
*If a consumer is suing a business and there is a forum clause, the consumer can only obtain a judgment which will be recognised and enforced under the Convention in other Contracting States in the designated forum. If a business is suing a consumer and there is a forum clause, the business can only take advantage of recognition or enforcement under the Convention if the forum designated by the clause is the State in which the consumer is habitually resident. The consumer or the business may be able to bring a claim in another forum under national law (*e.g., *a German consumer may be able to sue in Germany under a national law protective jurisdiction), but the decision to recognise and enforce the judgment will be left to national law in other States.*

Option 4 – Exclude consumer contracts from the scope of the Convention

Doc.trav./Work.Docs Nos 99-107

PRACTICAL CONSEQUENCES OF VARIANTS

	Option 1[1]	*Option 2*[2]	*Option 2B*[3]	*Option 3*
U.S. consumer sues German business (choice of German courts)	– white list jurisdiction in U.S. (Art. 7(2)) and Germany – U.S. judgment enforced in Germany, but not in declaring States – German judgment enforced in all CS	– white list jurisdiction in Germany; no jurisdiction in U.S.	– white list jurisdiction in Germany; no jurisdiction in U.S.	– white list jurisdiction only in Germany; U.S. could provide for grey list jurisdiction
German business sues U.S. consumer (choice of German courts)	– white list jurisdiction in Germany – German judgment enforced in U.S. and all other CS	– no Convention jurisdiction; possible grey list jurisdiction in Germany?	– no Convention jurisdiction; possible grey list jurisdiction in Germany?	– no Convention jurisdiction; possible grey list jurisdiction in either country
German consumer sues U.S. business (choice of U.S. courts)	– white list jurisdiction in U.S. and Germany – German judgment not enforced in U.S.; enforced in non-declaring States – U.S. judgment enforced in all CS	– white list jurisdiction in U.S. and Germany – German judgment not enforced in U.S.; enforced in declaring States – U.S. judgment enforced in all CS	– white list jurisdiction in U.S. and Germany – German judgment not enforced in U.S.; enforced in non-declaring States – U.S. judgment enforced in all CS	– white list jurisdiction only in U.S.; grey list in Germany
U.S. business sues German consumer (choice of U.S. courts)	– white list jurisdiction in Germany (Art. 7(4)); grey list jurisdiction in U.S.	– white list jurisdiction in U.S. and Germany – U.S. judgment not enforced in Germany	– white list jurisdiction in U.S. and Germany – U.S. judgment not enforced in Germany	– no Convention jurisdiction

[1] U.S. declaration under Art. 25 *bis*.
[2] German declaration under Art. 7(6).
[3] U.S. declaration under Art. 7(6).

Doc.trav./Work.Docs Nos 99-107

No 105 – Proposition de la délégation de la Nouvelle-Zélande – Proposal of the delegation of New Zealand

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

4 Lorsque le tribunal décide de surseoir à statuer en vertu du paragraphe premier, il peut exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Toutefois, le tribunal doit exiger une telle caution si l'autre tribunal est compétent seulement en vertu de l'article 17 ou s'il se trouve dans un État non contractant, sauf si le défendeur établit que le demandeur ne se trouvera pas matériellement lésé dans l'exécution du jugement si une telle caution n'est pas exigée. ~~qu'il existe suffisamment de biens dans l'État de cet autre tribunal ou dans un autre État où la décision serait susceptible d'être exécutée.~~

* * *

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

4 If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17 or if it is in a non-Contracting State, unless the defendant establishes that the plaintiff's ability to enforce the judgment will not be materially prejudiced if such an order is not made. ~~sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.~~

No 106 – Proposal of the delegations of Japan, the Netherlands and the United States of America

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if –

[...]

d) [...], unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting the matter of notification in the court of origin, provided that the law of that court permits objection to the matter of notification and the defendant did not object.

No 107 – Proposal of the delegation of the Republic of Korea

Article 17

[Subject to Articles 4, 5, 7, 8, 12 and 13,] the Convention does not prevent the application by Contracting States of rules of grounds of jurisdiction under national law, provided that this is not prohibited under Article 18.

Note:

Article 17 refers only to the rules of jurisdiction under national law. As a result, it may be misinterpreted to allow each Contracting State to apply its rules of jurisdiction that are not rules of grounds *of jurisdiction (*e.g., *rules of* forum non conveniens*) even where the ground of jurisdiction in a specific case is one under the Convention. Accordingly, although this is a rather technical point, for better clarity, we suggest inserting the words "*grounds of*" in this Article.*

Documents de travail Nos 108 à 111

Working Documents Nos 108 to 111

Distribués le mercredi 20 juin 2001

Distributed on Wednesday 20 June 2001

No 108 - Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Corrections et points à revoir dans le Document de travail No 98 – *Corrections and points to be reconsidered in Working Document No 98*

Article premier, paragraphe premier
discuter le Document de travail No 94

Article 1, paragraph 1
discuss Working Document No 94

Article 1, paragraphe 2, alinéa *j)*
exclure du champ la matière traitée au paragraphe 2 de l'article 12 (cf. Doc. trav. No 4)

Article 1, paragraph 2, sub-paragraph j)
exclude matters dealt with in paragraph 2 of Article 12 (Work. Doc. No 4)

Article 4, paragraphe 2, alinéa *b)*
remplacer le mot « constatée » par : « confirmée par écrit ou »

Article 4, paragraph 2, sub-paragraph b)
no change in the English text

Article 4, paragraphe 3
remplacer les mots « constatée par écrit » par : « par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement »

Article 4, paragraph 3
replace the words "evidenced in writing" by: "given by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference"

Article 9, paragraphe 2
biffer le mot « nécessairement » qui est sans équivalent dans le texte anglais
biffer le mot « simple », le mot « seul » étant approprié

Article 9, paragraph 2
no change in the English text

Article 12, paragraphe 2
discuter le Document de travail No 4

Article 12, paragraph 2
discuss Working Document No 4

Article 12, paragraphes 3 et s.
remplacer par le Document de travail No 102, tel qu'amendé par la Commission

Article 12, paragraphs 3 et seq.
replace by Working Document No 102, as amended by the Commission

Article 18, paragraphe 3, alinéa *b)*
remplacer les mots « d'une grave blessure corporelle » par les mots « de lésions graves »

Article 18, paragraph 3, sub-paragraph b)
replace the words "serious bodily injuries" by the expression "serious injuries"

Article 25, paragraphes 2 et 3
discuter le Document de travail No 71

Article 25, paragraphs 2 and 3
discuss Working Document No 71

Article 34
discuter le Document de travail No 64
discuss Working Document No 64

Article 36
discuter le Document de travail No 83
discuss Working Document No 83

No 109 – Proposal of the delegation of Germany

Article 21 Lis pendens

1 When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same cause of action irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction under –

a) Articles [white list] or

b) a rule of national law which is consistent with these Articles

and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4, 11 or 12.

Article 22

[...]

6 This Article shall not apply where the court only has jurisdiction under Article 17 [grey list] which is not consistent with Articles [white list]. In such a case, national law shall govern the question of declining jurisdiction.

Rationale:

The wording should be brought in line with paragraphs 252 et seq. *of the Nygh / Pocar Report and with the scope as defined in Article 2, paragraph 1* c).
Moreover, in the list of exclusive jurisdictions in Article 21, paragraph 1, Article 11 should be treated the same way as Articles 4 and 12.

Doc.trav./Work.Docs Nos 108-111

No 110 – Proposition du Groupe de travail informel sur les formulaires – Proposal of the Informal Working Group on Forms

ANNEX TO THE CONVENTION

Forms

FORM A

CONFIRMATION OF JUDGMENT

(Sample form confirming the issuance of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN) .....

(TEL. / FAX / E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(PLAINTIFF)

Case / Docket Number:

v.

(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE, COUNTRY), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).[1]

1 *Select one or more of the following options:*[2]

A This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following Article(s) of the Convention, as implemented under the law governing the proceedings of this Court:

.....
.....

B This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following ground of jurisdiction provided for by national law:

.....
.....

C This Court failed to identify in the judgment a ground for jurisdiction over the defendant(s):

CORRECT _____ NOT CORRECT _____

2 This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following findings of fact *(If the findings of fact are stated in the judgment or accompanying decision, indicate the relevant passages of the judgment and the decision)*:[3]

.....
.....
.....

3 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate any relevant categories of damages)*:[4]

.....
.....
.....

[1] Art. 29(1) *a)*.
[2] Art. 27(1) – The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.
[3] Art. 27(2) – The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[4] Refer to Art. 33.

4 This Court awarded interest as follows *(Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed)*:

.....
.....

5 This Court included within the judgment the following court costs and expenses (including attorneys fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including, where applicable, any amount(s) intended to cover costs and expenses relating to the proceedings within a monetary award)*:[5]

.....
.....
.....

6 This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

.....
.....

7 This judgment was rendered by default:

CORRECT _____ NOT CORRECT _____

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.[6, 7]*)*

8 This judgment (or some part thereof) is currently the subject of review in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[8]

CORRECT _____ NOT CORRECT _____

9 This judgment (or some part thereof) is presently enforceable in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[9]

CORRECT _____ NOT CORRECT _____

List of documents:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Dated this .....day of .....20 ...

.....
Signature and / or stamp by an officer of the Court

[5] Art. 33(3).
[6] Art. 27(2) – If the judgment was by default, then the Court being addressed by this form is not bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[7] Art. 29(1) *b)*.
[8] Art. 25(4).
[9] Art. 25(3).

Doc.trav./Work.Docs Nos 108-111

No 111 – Proposition du Groupe de travail informel sur les formulaires – Proposal of the Informal Working Group on Forms

Amendment to Article 29

Article 29 Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State;

d) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 An application for recognition or enforcement may be accompanied by the form annexed to this Convention and, if the court addressed so requires, a translation of the form made by a person qualified to do so.

3 No legalisation or similar formality may be required.

4 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Procès-verbaux de la Deuxième commission

Minutes of the Second Commission

Procès-verbal No 1

Minutes No 1

Séance du mercredi 6 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Wednesday 6 June 2001 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 30 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

The Chair welcomed the delegates and observers to the meeting. He acknowledged the honour of being elected to the chairmanship of such a distinguished group of delegates and expressed his desire to be able to do a good job. He reminded the meeting that the future Convention would be the work of all present. He added that it was his role to keep the interests of everyone in mind, and balance those interests where there were any differences of opinion.

Le Président termine en souhaitant que la Commission soit à même d'achever ses travaux dans le délai imparti et de surmonter les divers obstacles sur sa route.

Le Secrétaire général souhaite la bienvenue aux membres de la Commission pour la première Commission de la Dix-neuvième Session de la Conférence de La Haye et rappelle que les problèmes de compétence et de reconnaissance des jugements étrangers occupaient déjà les pères fondateurs de la Conférence au siècle passé, même si le contexte des travaux actuels est certainement différent. Il insiste pour que la Commission garde à l'esprit la nécessité de conclure une convention à vocation mondiale et se réjouit par ailleurs de l'intérêt croissant que montrent les États pour les questions de droit international privé.

The Secretary General also welcomed the representatives of Belarus, Ukraine, South Africa, Jordan and Lithuania, noting that these States had all been accepted as Members of the Hague Conference, although the formal process of accession had yet to be completed. The Secretary General further noted that Panama, Sri Lanka and New Zealand were also all soon to be admitted as Members of the organisation. He further paid tribute to those South-East Asian States present: Indonesia, Malaysia, the Philippines and Thailand. Finally, he recognised the involvement of the Commonwealth Secretariat.

The Secretary General stated how it was important to work towards reducing differences in the field of jurisdiction and recognition and enforcement of judgments. He asked delegates to look for areas of common interest and invited them to agree on an instrument all States could live with.

He further explained how yesterday the Permanent Bureau had received the comments of Japan on the preliminary draft Convention. He stated that these, like those of the Republic of Korea, Switzerland and the *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle*, were very helpful. He further drew attention to the useful list of the main acts applicable between the Member States of the European Union on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, drawn up by the General Secretariat of the Council of the European Union.

Le Secrétaire général termine en faisant plusieurs observations d'ordre général concernant l'organisation des travaux de la Commission ainsi que les questions d'agenda. Il se félicite également de la venue de M. Philippe Lortie, qui a rejoint l'équipe du Bureau Permanent et annonce à la Commission le départ de Mme Françoise Lalloz-Antoine, qui a travaillé au Bureau Permanent pendant 34 ans.

The Chair proposed that the Bureau be reconstituted. He noted that this would provide great assistance to the meeting. He proposed that the Vice-Presidents, Mr Bucher (Switzerland), Mr Kovar (United States of America), Mr Dogauchi (Japan) and Mr Siqueiros (Mexico), along with the co-Reporters, Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy), be re-appointed. This was agreed unanimously by the meeting. There was equally agreement that Mr Möller (Finland), Mr Struycken (Netherlands), Ms Renfors (Sweden) and Mr Hu (China) join the Bureau.

The Chair informed delegates that a session would take place on Saturday afternoon and would probably last until 4.00 p.m. He further explained that there was no need at present to convene a drafting committee. There would however be break-out groups. Some of the latter would be informal, others formal. The Chair stated that afternoon sessions would on occasion end at 4.00 p.m. to allow the formal break-out groups to meet.

The Chair reminded delegates of the recommendation made at the last General Affairs Special Commission that the current meeting was to proceed on a consensus or near consensus basis. Turning to the many observers present, he paid tribute to the valuable contribution they had made and would continue to make. Nevertheless, in the light of the time constraints that existed, he invited them to limit the length of their interventions.

With regard to the agenda, he noted that while there should be flexibility, recognition had to be paid to the fact that certain delegates could only attend on specific days, therefore this would have to be taken into account in organising discussions.

The Chair noted that there was general agreement that the meeting would commence on the basis of the draft agenda. He stated that the key documents for the initial discussions would be the preliminary draft Convention, Preliminary Document No 15 and the various Working Documents that would be distributed. He further explained that the progress made during the current session (Commission II) would be assessed during the General Affairs session (Commission I) which would follow the current negotiations. He stated that it would be desirable to arrive at a consolidated text. However, he equally recognised that a decision could also be taken as to whether work should indeed continue on the worldwide Judgments Convention.

Finally, the Chair reminded the meeting that the consensus based approach being used did not preclude the possibility of issues being reviewed in the future once a complete framework of provisions was arrived at.

Il termine en demandant à la Commission d'aborder les travaux de la Dix-neuvième session avec un esprit ouvert. Il indique que la Convention qui fait l'objet des travaux doit bénéficier aux citoyens, aux entreprises ainsi qu'aux avocats en améliorant la coopération juridique entre États.

Procès-verbal/Minutes No 1

Mr Nygh (co-Reporter), by way of introduction, gave a brief résumé of the recent history of the negotiations. He noted that the preliminary draft Convention had been completed in October 1999 and the Report of the preliminary draft Convention (Prel. Doc. No 11) had been distributed in August 2000. To date comments had been received from the Republic of Korea, Switzerland, Japan and the *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle* (Prel. Doc. No 14). He explained that the preliminary draft Convention was not complete in that insufficient time had been available to consider intellectual property and e-commerce issues properly. Since October 1999 these and other issues had been analysed in further depth at a series of informal meetings, listed in Preliminary Document No 15. A report had been prepared of the first Ottawa meeting, along with a summary of the Geneva round table discussion (Prel. Doc. No 12). No official reports had been prepared of the subsequent meetings in Washington, Basle, Ottawa or Edinburgh. The final meeting in Edinburgh, which reflected the cumulative results of all the informal negotiations, had however been the subject of an unofficial report prepared on behalf of the Scottish Executive Justice Department by Mr Peter McEleavy. This would be referred to as the "McEleavy Report".

The co-Reporter noted that all the discussions which had taken place since October 1999 were informal and could not amend the preliminary draft Convention as such. Nevertheless, it was clear that in many instances the latter text had been departed from, in places radically.

The co-Reporter then proceeded to give an explanation as to the nature of the preliminary draft Convention. He drew the attention of the meeting to paragraphs 11 *et seq.* of the Report of the preliminary draft Convention. He noted that the current draft was in the form of a mixed convention and contained three kinds of jurisdiction, a list of required jurisdictions, a list of prohibited jurisdictions and an undefined area where jurisdiction pursuant to national law may be exercised. He stated that the nature of this final "grey", or "status quo", list was not always properly understood. It was regarded by some as being a residual group, but on the other hand, could be viewed as the starting point, allowing courts in Contracting States to exercise their existing bases of jurisdiction. Turning to the "required bases", Mr Nygh suggested that these might be better classified as "authorised", or, "preferred" bases of jurisdiction. These grounds would already exist under the laws of most Member States. Henceforth, for Convention purposes they would have a higher status. They could be considered as "win-win" jurisdictional bases since they would be entitled to recognition and enforcement. The only change that would have to be made to national laws is where a ground of required jurisdiction did not already exist. As to the prohibited bases of jurisdiction, Mr Nygh explained that it would be glib to simply say that grounds not prohibited would be admitted. He recognised that it was in respect of the prohibited grounds that States would have to make sacrifices. He concluded by noting that the aim of the Convention was not to limit existing national bases of jurisdiction, rather, it was to look for an expansion of what could be the subject of preferred recognition and enforcement rules.

The Secretary General noted that the informal meetings which had taken place since October 1999 were a new departure for the Hague Conference. They had served to facilitate compromise and progress. He recognised that not all Member States had been able to participate and he was aware of the problems which this could pose. He drew attention to Preliminary Document No 15 and the Annexes distributed at the Edinburgh informal meeting. These would be considered along with the Articles of the preliminary draft Convention. He stated that if delegates wished to obtain other documents used at the Edinburgh meeting they should contact the Secretariat.

The Chair reminded the meeting that there should not be two levels of knowledge. He suggested that if delegates referred to drafts emanating from the informal meetings they should give a brief explanation as to how the particular draft had been arrived at.

Mr Kovar (United States of America) read a statement to the meeting outlining the views of his delegation. The text of this statement is reproduced in Working Document No 11.

Ms Renfors (Sweden) explained that during the meeting she would be representing the views of the European Community since her country held the Presidency of the Council of the European Union.

M. Borchardt (Commission européenne) exprime son admiration pour les travaux de la Conférence de La Haye et indique que les États européens continueront à contribuer au succès des instruments élaborés par la Conférence. Il rappelle que les pays de la Communauté européenne sont liés depuis 1968 par une Convention internationale qui a connu un grand succès, à tel point qu'elle a été élargie aux États membres de l'Association européenne de libre-échange. Cette Convention constitue la véritable matrice de l'espace judiciaire européen. Suite à l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, qui communautarise les matières relatives à la coopération judiciaire civile, la Convention de Bruxelles a récemment été transformée en un Règlement communautaire, qui entrera en vigueur le premier mars 2002.

Il indique ensuite que la Commission et la Communauté européenne accordent une grande importance à la recherche d'un système universel permettant la circulation réciproque et efficace des jugements en matières civile et commerciale. Il considère à cet égard que la Conférence de La Haye constitue le forum parfait pour se préoccuper de ces questions. Il insiste sur la nécessité de maintenir un certain équilibre dans la Convention, qui doit se soucier de protéger les défendeurs contre l'utilisation de certains fors jugés exorbitants tout en permettant aux demandeurs d'identifier avec précision les tribunaux qui peuvent statuer sur leurs demandes. Il insiste sur une question essentielle pour les institutions européennes, qui veilleront à ce que l'introduction de la future Convention ne se fasse pas au détriment de la cohérence de l'espace judiciaire européen, qui fera d'ailleurs l'objet de développements ambitieux dans les prochaines années. Il termine en souhaitant que la Commission prenne le temps de parvenir à une Convention satisfaisante, notamment pour que les différents États puissent procéder à de larges consultations auprès des parties intéressées.

Ms Renfors (Sweden) noted that for the European Community it was essential that the Convention be a mixed instrument, containing grounds of required, white list, jurisdictions, grounds of prohibited, black list, jurisdictions as well as certain existing national grounds of jurisdiction. In addition there should of course be rules for the recognition and enforcement of judgments.

She continued that it is essential that the Convention be balanced, with jurisdictional rules that are clear and precise which will guarantee certainty and predictability for litigants. Special rules would be needed to protect consumers, employees and the insured. With regard to e-commerce, online and offline relationships should be accorded equal legal certainty. The future Convention should also include a provision to cover its inter-relationship with European Community law. In addition it was necessary for the European Union that there be

a clause to allow the accession of regional organisations to the Convention. She noted that recent changes in European Union law would affect not only work on this project but more generally work within the Hague Conference. She affirmed that notwithstanding these changes the Presidency of the European Union was determined to make the current negotiations successful. Finally, she acknowledged that this whole issue would be discussed in detail, and the Presidency would make a formal statement, during the Commission on General Affairs.

Mrs Wallis (European Parliament) declared that she was honoured and privileged to be present at the start of such a historic meeting. She was also pleased to have been able to attend some of the preliminary sessions. She explained that she had been responsible for the passage of the Brussels I Regulation through the European Parliament and was aware of the difficulties inherent in the preparation of an instrument such as the worldwide Judgments Convention. She invited the meeting to take heart from her recent experience of a conciliation procedure between the European institutions whereby a dispute which had existed for 12 years had only this week been resolved. She stated that delegates had to be realistic that some people did not have a positive view of the current work under way at the Hague Conference. She noted that a negative newspaper article had recently appeared in a British newspaper suggesting that the Convention would lead to problems in the sphere of e-commerce.

Mrs Wallis invited the meeting to approach the discussions using the "why, whom, how" formula. Why were they tackling this project, who was it for, and how was it to be achieved? In her view such an instrument was of essential importance to improve access to justice and the enforcement of judgments in what is an increasingly global village. Commerce, whether electronic or traditional, is increasingly becoming internationalised. Measures therefore had to be put in place to facilitate it and to provide certainty and security for businesses. Turning to the means of doing this, Mrs Wallis drew attention to the political aspect of treaty making. She noted that the public policy choices which would have to be made should, if possible, be externalised. She argued that the Hague Conference and the delegates should promote and explain the work that is being done, otherwise it would not succeed. She stated that she would act as an advocate of the worldwide Judgments Convention.

Mr Katoh (Internet Law & Policy Forum) explained that he was the Chairman of the Board of the Internet Law & Policy Forum, a non-profit organisation representing 25 companies working in the field of Internet matters. He stated that the organisation had been studying jurisdiction issues for two years. He noted that while for obvious reasons of convenience and familiarity, all businesses would prefer to litigate in their home courts, this could not always be possible. The area was undoubtedly complex, involving fundamental principles of national sovereignty, and he suggested that the negotiations had made less progress in this field than in others. He added that there were particular problems with respect to jurisdiction in Internet actions. He asked how activity based jurisdiction would be determined in this context. He argued that the Commission should not adopt a jurisdictional framework until all the issues with regard to the Internet were fully understood.

Mr Katoh invited the meeting to focus on what was actually achievable. In this attention should be given to the measures on recognition and enforcement along with a few limited grounds of jurisdiction, currently found in Articles 3 to 6. He suggested that a more limited Convention of this type would increase business confidence and further international trade.

The Chair invited the meeting to turn to the substantive scope of the Convention. He noted that the relevant Working Documents were Nos 1 (United States of America), 3 (Australia), 4 (Switzerland) and 7 (Japan).

Mr Nygh (co-Reporter) explained the provision on substantive scope in the various proposals was uniformly referred to as Article 1. He also noted that there was consensus in respect of many aspects of the version found in the preliminary draft Convention. The term "civil and commercial matters" was not challenged, although it was sometimes written as "civil or commercial matters". It was clear however, in the light of the long-standing use of the term in Hague Conventions, that the term "civil and commercial" did not mean that to fall within the scope of the Convention a matter had to have both a civil and a commercial character.

Mr Nygh noted that there was agreement as to the exclusion of "revenue, customs and administrative matters". The issue was dealt with slightly differently in the Swiss proposal in Working Document No 4, but this was more a matter of drafting.

Mr Herrup (United States of America) stated that with regard to the "administrative matters" exclusion, it was his understanding that this would include situations where an action was brought by a government, the government did not suffer financial loss, the government was awarded a money judgment, and the government proceeded to keep the money awarded. In his understanding such matters were entirely administrative and therefore outside the scope of the Convention.

Mr Herrup further suggested that to aid understanding it may be advantageous to include a definition section within the Convention.

M. Bucher (Suisse) présente la proposition figurant dans le Document de travail No 4, en expliquant que cette proposition suggère d'introduire une nouvelle disposition en tête de la Convention, qui a pour objet de préciser les buts poursuivis par la Convention. Il ajoute que cette nouvelle disposition précise également que la Convention ne s'applique que «devant les tribunaux des États contractants». Cette précision vise à exclure de l'application de la Convention les modes alternatifs de résolution des litiges. Il souhaite également qu'une telle indication trouve sa place dans l'article premier et non seulement dans l'article 2, comme c'est le cas dans le projet de Convention, puisque celui-ci vise uniquement le champ d'application territorial de la Convention. Il termine en notant que l'explication fournie par la délégation des États-Unis d'Amérique sur la portée de l'exclusion des matières administratives ne lui semble pas claire, notamment parce qu'il n'a pas été précisé si les conditions mentionnées doivent être cumulativement présentes.

The Chair suggested that each of the exclusions be dealt with separately. He asked that paragraph 1 be considered first.

Mr Liew (Republic of Korea) drew attention to the fact that in his country certain intellectual property matters were dealt with in the administrative courts. He questioned therefore whether the drafting of Article 1(1) would mean that patent suits would fall outside the scope of the instrument.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that the Report of the preliminary draft Convention had recognised this general issue and explained that the crucial consideration was the nature of the litigation and not the character of the court in which the action was brought. Korean patent actions therefore would come within the scope of the Convention. He suggested that a rough definition of administrative matters might be something only a government could do.

Procès-verbal/Minutes No 1

M. Droz (expert consultant) informe la Commission qu'il sera sans doute impossible de s'accorder sur une définition exhaustive du concept de « matières administratives ». Il suggère de laisser au juge national le soin de déterminer si le litige dont il est saisi tombe sous le coup de cette exclusion. Il doit en être de même lorsqu'un juge est appelé à se prononcer sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger. Il lui appartiendra alors de déterminer si la décision touche aux matières administratives. Il termine en précisant que cette solution, pour imparfaite qu'elle soit, est sans doute la seule possible.

The Chair suggested that while the current position may be imperfect the meeting should seek to arrive at a result which was as close to perfect as possible.

Mr Liew (Republic of Korea) explained that in his country proceedings in patent litigation are primarily governed by administrative law, although in certain respects, for example where judgment is made by default, civil law rules are applied. It was therefore a delicate issue as to whether patent actions are regarded as civil or administrative proceedings. He noted that this was known as a "grey area" in Korea. He suggested that if a liberal approach were taken with respect to the meaning of "administrative matters", then the Convention would be interpreted as covering the patent proceedings.

Mr Kovar (United States of America) expressed his agreement with Mr Droz's statement that the current text might not lead to predictability and foreseeability. He suggested that the term "administrative" be defined for the purposes of the present text. In this he noted that there was a need to delimit the boundary between administrative matters and civil and commercial matters. He remarked that in many States the term "civil and commercial matters" was not known and this could often give rise to difficulties as to the applicability of the Convention.

Mr Herrup (United States of America) noted that if a government were to make payments to remedy an environmental disaster it would be entitled to seek restitution and have resultant decisions enforced under the Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) questioned whether the United States of America was now departing from the text of their proposal in Working Document No 1.

Mr Kovar (United States of America) stated that the position of his delegation was that the Report of the preliminary draft Convention needed further clarification. The delegation of the United States of America sought to better define the meaning and scope of "administrative matters".

Mr Nygh (co-Reporter) said that he was happy to assume that there was general consensus as to the drafting of paragraph 1 of Article 1. The question was now whether the Report should give a fuller explanation.

Mr Kovar (United States of America) agreed that it should.

Mr Hu (China) noted that revenue and customs matters were also administrative in nature. He suggested therefore that the drafting of Article 1(1) should refer to "revenue, customs or other administrative matters".

The Chair suggested that subject to the Chinese comments and the Swiss proposal in Working Document No 4 there was general agreement on the formula found in the preliminary draft Convention. He noted that there was general agreement as to this.

Mr Kovar (United States of America) suggested there should be a definition section in the Convention. With regard to the intervention of the Delegate of Korea, he noted that there were actions before specialised intellectual property tribunals in his country that he felt should not be brought within the scope of the Convention.

M. Bucher (Suisse) appuie la suggestion de la délégation de la Chine de préciser à l'article premier que la référence aux matières administratives s'entend des « autres » matières administratives, pour éviter toute redondance avec les matières fiscales et douanières. Il suggère également de supprimer le mot « notamment » à la même disposition.

The Chair invited the meeting to consider the second paragraph of Article 1.

Mr Philip (Denmark) remarked that the points raised in respect of paragraph 1 could be dealt with by drafting. He questioned whether attention should be paid to placing greater emphasis on the connection between paragraphs 1 and 3 of Article 1.

The Chair stated that he had assumed that this would be dealt with when the meeting came to look at the Swiss restructuring proposal.

M. Bucher (Suisse) rappelle que la Suisse a suggéré de préciser à l'article premier que la Convention ne s'applique que « devant les tribunaux des États contractants » et invite la Commission à se prononcer sur cette suggestion.

M. Tell (Commission européenne) note que l'article 2 de l'avant-projet de Convention limite déjà l'application de la Convention aux procédures dont sont saisis les tribunaux des États contractants. Il se demande si la proposition de la Suisse constitue dès lors une véritable amélioration. Il suggère de remettre l'examen de cette question à plus tard pour permettre aux délégations de réfléchir sur la question.

Mme Schulz (Allemagne) appuie la suggestion de M. Tell en souhaitant que la proposition suisse fasse l'objet de plus amples débats lors de la discussion du champ d'application de la Convention.

The Chair suggested it should be discussed later.

M. Bucher (Suisse) déclare que cette solution lui semble acceptable.

The Chair invited the meeting to move to the excluded matters.

Mr Hu (China) noted that there were lots of proposals in respect of paragraph 2. He asked what the exact nature of the provision was. He questioned whether it was appropriate to make a complete list and suggested that more thought should be given to this issue. He also questioned whether an exception should be made with respect to aviation matters, since one had been made for admiralty or maritime matters.

Mr Poon (China) stated that his delegation was not suggesting that aviation matters should be excluded, rather it was flagging up the issue.

Mr Nygh (co-Reporter) explained that the purpose of paragraph 2 was to exclude a defined list of matters which would otherwise fall within the scope of the Convention since they could be classified as being civil or commercial. He further noted that admiralty or maritime matters had been excluded following lobbying from various interest groups. No such petition had been made by specialist aviation lawyers.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) explained that he had some interest in aviation law. He suggested that the reason could be that maritime law had its own special rules of jurisdiction and to include provisions dealing with this area in the Convention would be too complicated. On the other hand the bases of jurisdiction set out in the instruments dealing with aviation law, for example the Warsaw Convention, are well recognised ones, such as the defendant company's principal place of business. Such grounds would fit more naturally into the new Convention, subject of course to any disconnection clauses.

Mr Bennett (Australia) stated that the proposal in Working Document No 3 was intended to cover the same issues as those in Working Document No 1, but it sought to use a more comprehensible and precise phrase which would be easier to translate into French. He explained that the American term "anti-trust" was not well understood in other jurisdictions.

Mr Bennett also drew attention to a difference in drafting in paragraphs 1 and 2. The former stated that the Convention shall not "extend in particular to [...]", while the latter employs the form, the Convention does "not apply to [...]".

Mr Nygh (co-Reporter) noted that paragraph 1 was based on the equivalent provision in the Brussels Convention. The key issue was that the term "civil and commercial matters" is not one which is understood in common law States. In the House of Lords decision, Re State of Norway's Application [1990] 1 AC 723, the term was defined, albeit in a different context, as amounting to everything that is not criminal. The second sentence in paragraph 1 was therefore an attempt to limit the meaning of the term.

Mr Kovar (United States of America) stated that the Chinese comments showed that Article 1 was not yet sufficiently clear and gave rise to problems of interpretations for jurisdictions from different legal traditions. He suggested that the provision be reformulated to detail those matters which were to be specifically included within the scope of the Convention. He submitted that this would increase foreseeability and predictability.

He further remarked that the Australian comments were helpful but he had some problems with the wording used. In particular he found the term "unfair competition" to be too broad as it could lead to certain consumer protection actions being left outside the scope of the instrument.

M. Tell (Commission européenne) se déclare d'accord sur le principe de l'exclusion des matières liées à la législation «*anti-trust*», mais note que cette exclusion soulève un difficile problème de délimitation du périmètre de l'exclusion, notamment parce que la Commission européenne possède elle-même des compétences importantes en la matière. Il rappelle que cette exclusion doit se lire en relation avec l'article 10 du projet.

The Chair proposed that the Delegates of Australia and the United States of America and the Observer for the European Commission meet to find an agreeable solution to this issue.

Il invite ensuite les délégations qui sont intervenues lors de ce débat à se concerter pour trouver une définition satisfaisante de la portée de l'exclusion.

M. Tell (Commission européenne) accueille cette suggestion tout en notant qu'il sera nécessaire que les États membres de l'Union européenne se concertent pour s'accorder sur une position commune.

Ms Schulz (Germany) stated that she was happy to revisit this issue later. She noted however that the term "unfair competition" had a different meaning in Germany. She further remarked that no discussion had been given to intellectual property issues in this regard. She held that while she was happy with the exclusion of anti-trust issues she did not want to see unfair competition litigation excluded.

Mme Bariatti (Italie) se rallie à la position exprimée par la délégation de l'Allemagne, tout en appelant de ses vœux une concertation des États européens.

Mr Dogauchi (Japan) drew attention to Working Document No 7 and proposed that an exclusion be made with respect to nuclear liability. He then presented the note attached to the Working Document.

Mr Kovar (United States of America) noted that some States were not Parties to the Paris or Vienna Conventions but nevertheless had established special schemes of liability and jurisdiction. He explained that there was such a scheme in the United States of America which meets the terms of the revised Vienna Convention. While the United States of America hoped to join the latter instrument, if it did not, it was essential that the traditional tort rules of the new Convention should not apply. Finally, Mr Kovar accepted that the Japanese drafting in Working Document No 7 was preferable to that found in Working Document No 1.

The Chair asked whether there was general agreement to adopt the Japanese proposal.

Mr Nygh (co-Reporter) questioned whether the additional excluded matters included in the Swiss proposal in Working Document No 4 should be considered now or in conjunction with Article 12. He recognised that this proposal was an alternative way of dealing with certain issues of exclusive jurisdiction.

M. Bucher (Suisse) précise que les trois hypothèses visées à l'article premier, paragraphe 2, sous les lettres *j)*, *k)* et *l)* du Document de travail No 4 portent sur des matières pour lesquelles l'article 12 prévoit une compétence exclusive et qu'il convient dès lors de reporter la discussion à un stade ultérieur.

M. Tell (Commission européenne) indique qu'il convient de clarifier la portée exacte d'une éventuelle exclusion de la responsabilité pour dommages nucléaires. Il rappelle que les Conventions de Paris et de Vienne ont fait l'objet d'une récente révision et que ces Conventions ne couvrent pas tous les dommages. La clause spéciale de déconnexion ne suffira dès lors pas à régler la question des dommages résiduels et il sera nécessaire de s'interroger sur la portée exacte de l'exclusion de cette matière.

Ms Renfors (Sweden) stated that it was premature to exclude nuclear matters at this stage. She noted that it was not clear what implications this could have and suggested that more thought should be given to this issue.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that it was his understanding that the United States of America had withdrawn its proposal and the agreed formula was now nuclear liability.

Mme Bourgeois (France) apporte son soutien à la suggestion émise par la Commission européenne, notamment au vu du résultat de larges consultations internes qui ont déjà été effectuées.

Mr Trooboff (United States of America) remarked that he thought agreement had been reached on this issue. He asked why the exclusion of nuclear liability did not respond to the potential problems for those States that had not ratified the specialist nuclear Conventions.

Mr Möller (Finland) remarked that in bilateral treaties entered into by his country nuclear liability had been excluded. He stated however that he was prepared to leave the matter open for further reflection.

Ms Sabo (Canada) suggested that the Japanese proposal be added but within square brackets.

The Chair invited the Delegates of Australia, Germany and the United States of America and the Observer for the European Commission to try to arrive at a compromise proposal with regard to anti-trust claims.

The meeting was closed at 6.00 p.m.

Procès-verbal No 2

Minutes No 2

Séance du jeudi 7 juin 2001 (matin)

Meeting of Thursday 7 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.30 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair noted that the discussion of Article 1 had been completed yesterday, save for two matters. The first issue was the exclusion of "anti-trust" matters. The second was the exclusion of "nuclear liability". He proposed that "nuclear liability" be bracketed, on the understanding that the meeting would come back to it and that all determinations were subject to later review. Noting apparent agreement to this proposal, the Chair then proceeded to the next item on the agenda.

Mr Kovar (United States of America) sought to clarify another aspect of Article 1, regarding alternative dispute resolution practices other than arbitration. He noted the clear exception for arbitration in paragraph 2 *g)* but raised the question of whether the preliminary draft Convention would affect the potential use of alternative dispute resolution practices such as conciliation, mediation, and online alternative mechanisms. Mr Kovar remarked that it was the understanding of his delegation that it would not. He invited the co-Reporters to provide further clarification.

Mr Nygh (co-Reporter) confirmed that the Convention did not affect alternative dispute resolution, or those settlements not covered by arbitration. He stated that it only dealt with those within courts.

Mr Beaton (United Kingdom) agreed with Mr Nygh, but said that in United Kingdom practice, the outcome of alternative dispute resolution was often manifested in the form of an *acte authentique*, and as such, could be dealt with by the Convention.

Mr Trooboff (United States of America) said the importance of this issue was heightened by the growth of e-commerce. He stated that, if there was any question as to agreement about the exclusion, it should be discussed further. He added it would be possible to offer a full exclusion of alternative dispute resolution if needed.

Mr Nygh (co-Reporter) said that, in his legal culture, legal disputes before courts are often first resolved through negotiation, then embodied in a court judgment. He advised that there were various ways in which negotiations could be conducted, such as through direct negotiation or mediation. He noted that 90% of judgments in Australia were reached in this way, and urged delegates to think carefully if they wished to exclude judgments arrived at in such a manner.

Mr Bennett (Australia) reminded delegates of the distinction between awards of arbitrators which were not to be enforceable under the preliminary draft Convention and situations wherein an arbitration award was taken to court and converted into a judgment. He recalled that a proposal had been made two years ago to specify that a court judgment based on an arbitration award was enforceable. The proposal had been deemed unnecessary at the time.

M. Bucher (Suisse) rappelle qu'il a déjà, la veille, attiré l'attention des participants sur les problèmes que peuvent soulever les modes alternatifs de règlements des litiges. Il ajoute qu'il a demandé qu'il soit fait mention du fait que la Convention ne leur est pas applicable, mais le Président avait considéré que cette question devait être examinée à l'occasion de la discussion relative au champ d'application territorial de la Convention. M. Bucher indique, par ailleurs, que la proposition faite par la Suisse a à cet égard une portée considérable. Ensuite, il explique qu'une simple mention de l'exclusion des modes alternatifs de règlement des litiges lui semble insuffisante. Ces derniers n'étant définis que de manière négative, par rapport aux autres modes de règlement des litiges, leurs contours lui apparaissent insuffisamment clairs. Enfin, M. Bucher précise que dans l'hypothèse où les modes alternatifs de règlement des litiges aboutissent à une décision judiciaire, il lui semble toutefois que ces derniers sont inclus dans le champ d'application de la Convention.

Mr Beaton (United Kingdom) said that he was not sure what the concern was. He stated that with regard to cases in which the outcome of alternative dispute resolution was incorporated into court judgments, it remained the option of the States.

Mr Liew (Republic of Korea) explained that, in the Republic of Korea, it was popular to resort to alternative dispute resolution, and so he was not opposed to this in the context of the Convention. He also suggested with regard to Article 36 that the result of some alternative dispute resolution settlements could be sanctioned and incorporated by courts.

Mr Kovar (United States of America) explained that his delegation had raised the issue because they thought it needed discussion and clarification. He additionally noted that anxiety existed in business and consumer quarters in the United

States of America about whether the Convention would have a special effect on jurisdiction or enforcement provisions. He said that discussion would be useful here, as well. He sought confirmation that in cases of straightforward alternative dispute resolution the Convention would not apply, but if there were some form of final agreement as in a contract, *acte authentique*, or Article 36 settlement, that it would. He said that the Australian comment regarding arbitration made the United States of America uneasy and raised the question of what the exclusion of the scope of arbitration meant. He believed that he either did not understand or did not agree with Mr Bennett's point.

The Chair commented that he suspected this issue would come up again in the discussion of Working Document No 4 (Switzerland). He suggested that the delegates might want to reflect further before discussing it again.

M. Bucher (Suisse) fait part de son étonnement car il pensait que cette question devait être abordée dans le cadre de la discussion relative au Document de travail No 4. Il a par ailleurs indiqué qu'un report trop fréquent des discussions portant sur d'éventuels points de divergence fait encourir le risque d'avoir à régler une somme considérable de problèmes lors des discussions ultérieures.

Mr Kovar (United States of America) said that he did not understand why the meeting should defer to Article 2, as there were many ways to reorganise the agenda.

The Chair brought attention to the proposal deferred yesterday and noted that Mr Bucher would like to discuss it at this point. He observed no opposition to this line of progress and so opened the floor to a discussion of Working Document No 4, and the proposal of the delegation of Switzerland to add the words, "before courts of Contracting States".

Mr Beaton (United Kingdom) said that he could see advantages in a formulation like this, but noted that it applied to the whole of the preliminary draft Convention, not just to the jurisdictional provisions. He said that this would be fine if the preliminary draft Convention only applied to courts. However, he drew attention to alternative dispute resolution and authentic instruments, which are not products of courts and would not therefore be covered by the preliminary draft Convention. He stated that the United Kingdom did not want to exclude the possibility of enforcement of authentic instruments. He indicated approval of the drafting, but he remarked that the substance remained in question.

The Chair urged a prompt return to this issue and asked Mr Bucher if he would agree to put the phrase in brackets for now.

Mrs Bariatti (Italy) said that she supported the statements of Mr Beaton regarding Working Document No 4. In principle, she did not disagree with the addition of "before courts of Contracting States" to the first sentence, but noted that it was tied to the rest of the Working Document. She said such a reference was useful but raised the question of the territorial scope of Chapters II and III, which worked differently. She pointed out that with divided sections the issue of authentic instruments could be kept separate. If "before courts of Contracting States" were included, delegates should take into consideration the rest of the Article because of the distinction between general applicability clauses and the more specific ones.

Mr Kovar (United States of America) stated that he would leave the question of whether the proposed amendment prejudiced authentic instruments in certain States. He cautioned that if a new draft Convention was brought back to delegates' respective constituents with such bracketed language, people might think that the question concerned alternative dispute resolution. Consequently, Mr Kovar urged that the phrasing not be bracketed.

The Chair clarified that any bracketing of the proposal would be for the purposes of the meeting only.

M. Bucher (Suisse) propose qu'en cas de divergences l'on essaie de recourir de préférence à la méthode des notes de bas de page plutôt qu'à celle des crochets car l'on risque dans le cas contraire de voir s'accumuler un nombre important de crochets dans le corps même du texte.

Mr Beaton (United Kingdom) agreed with Mr Bucher's proposal. He said that "judgment" must also be defined.

Ms Schulz (Germany) agreed with the statements of the delegation of Italy concerning the situating of authentic instruments at the end of the preliminary draft Convention. She noted that the Article left discretion to States. Ms Schulz urged that the meeting not interfere with the definition of "judgment" at this time.

The Chair summarised the apparent decision of the meeting: the issues of "nuclear liability matters" and "anti-trust" were to be bracketed and revisited as soon as possible, and the Swiss proposal regarding "before courts of Contracting States" was to be footnoted. He then suggested that the meeting move on to "choice of forum".

Mr Nygh (co-Reporter) announced that the present provision regarding choice of forum was Article 4 of the preliminary draft Convention of October 1999. He noted that the interpretation of the provision was to be found at paragraphs 67 to 88 of the Report of the preliminary draft Convention. As per the draft agenda, Mr Nygh suggested that discussion begin on the application of Article 4 in business-to-business relations. He noted that there were two relevant Working Documents, Working Document No 2 (United States of America) and Working Document No 5 (Switzerland).

Mr Nygh addressed two points of misunderstanding that had arisen. First, the Report of the preliminary draft Convention stated that Article 4(2) related to requirements of form and did not deal with substantive validity. Mr Nygh addressed the question of whether an agreement reached under duress or overwhelmingly disparate economic power could be enforced by the forum chosen, prorogated, or derogated in defiance of a choice of forum clause. He noted some apprehension that such a court could determine the substantive validity of the choice of forum provision. Mr Nygh said that the role of national law was not excluded and reminded the meeting that the provisions of paragraph 2 applied only to formal validity.

Secondly, Mr Nygh considered the issue of conferral of jurisdiction by choice of forum clause. He stated that conferral of jurisdiction could only be in regard to personal jurisdiction, and that no choice of forum clause may confer jurisdiction upon a court not already possessing subject matter jurisdiction over the action at hand. He explained how a court endowed solely with jurisdiction over bankruptcy cases could not appropriately be chosen as a forum for a case whose primary cause of action was international commerce. Mr Nygh summed up by stating that choice of forum clauses relate only to *rationae personae* jurisdiction, not *rationae materiae* jurisdiction.

Mr Kovar (United States of America) agreed with Mr Nygh's statement that Article 4, paragraph 2, clearly addressed form only. He remarked that paragraph 1 was problematic for lawyers in his country, since it left no room for the application of national law. Mr Kovar said that the Report of the prelimi-

Procès-verbal/Minutes No 2

nary draft Convention was unclear on this very crucial point. He asked that the co-Reporters further clarify whether, under Article 4, national courts could find a choice of forum clause valid in form, but still refuse enforcement under national law.

Mr Kovar proposed three possible scenarios. First, the choice of forum clause appeared in an arrangement that did not constitute a valid contract according to ordinary contract principles. Second, national legislation asserted that certain substantive areas could not support choice of forum clauses. He gave the example of a case in the state of New Jersey, where a choice of forum clause was deemed invalid under the New Jersey State Franchising Act, which prohibited use of choice of forum clauses in such cases. Third, overwhelming reasons of public policy prevented the court from enforcing the choice of forum clause. Mr Kovar said this issue was of great concern to companies which had read Article 4 to be absolute confirmation that every choice of forum clause valid in form was enforceable. Mr Kovar said it was imperative that the meeting clarify its intent with respect to this matter. He explained that his delegation needed to be able to present this intent to American constituents before deciding how to proceed in this very sensitive area.

Mr Nygh (co-Reporter) responded to the first scenario, saying that national law would govern any dispute over whether parties had in fact agreed. In the second scenario, where national legislation would find choice of forum clauses impermissible in certain areas of litigation, he drew attention to paragraph 3, which provided that agreements conferring jurisdiction shall be without effect if in conflict with Articles 7, 8, or 12. Mr Nygh explained that it was not possible for Contracting States to add requirements to this provision, and that this provided total protection for consumers. He said that should paragraph 3 be deleted the answer to Mr Kovar's second question would be "yes". National law would exclude application of the choice of forum clause. As regards the third scenario, Mr Nygh stated that in cases of overwhelming public policy considerations the same reasoning would apply.

Mr Hu (China) expressed concern that this very crucial Article be made as clear as possible. He accepted Mr Nygh's explanation that the primary purpose of the choice of a forum clause was the conferral of jurisdiction upon a court, while it also left issues of substantive validity to national law. However, he asked if there were issues, as reflected in Mr Kovar's concern about consent and mandatory laws, not covered by this Article. Mr Hu said that the Report of the preliminary draft Convention was not entirely clear on this point and expressed hope that the co-Reporters would clarify it later.

Mr Philip (Denmark) stated that, in principle, paragraph 1 in Working Document No 2 was not acceptable. He raised the question of parties being able to pick not simply the courts of a particular country, but specific courts. Mr Philip offered the example of Danish and Swedish parties desiring as forum Parisian courts, but who could only stipulate "courts of France" in their choice of forum clause. The first question would be which courts were jurisdictionally competent within France at large. The second would concern whether the parties would accept any court in the chosen country to decide their case. Mr Philip stated that it would not be fair if parties had chosen Denmark as a forum in anticipation of being heard by a Copenhagen court, but found they were ultimately sent to a tribunal in the outer provinces of Denmark. He said that Denmark supported greater specificity of choice of forum and for this reason would not support Working Document No 2. Mr Philip added, to follow Mr Nygh's comments, that there seemed to be varying conclusions regarding whether choice of court clauses were subject to national law. He suggested that the applicable law of the forum should apply.

Mr Nygh (co-Reporter) confirmed that this had been his meaning. The law of the forum would apply, including its choice of law rules.

Mr Beaton (United Kingdom) returned to Working Document No 2. He said that the proposal would be acceptable and that any initial problems of internal distribution could be cured by domestic legislation. He did not, however, agree with the proposal to remove the words "or confirmed" as found in Working Document No 5. He expressed concern about substantial validity of choice of forum clauses and rejected the idea of granting courts extensive discretion to determine the validity of such clauses. Mr Beaton said that the policy of the preliminary draft Convention had been to support choice of forum clauses. Consequently, it might be necessary to restrict the discretion of the court addressed to declare invalid any choice of forum clauses properly entered into. He conceded that in some cases there may be overriding public policy reasons against such restriction, but he could not currently think of any examples.

Mr Sajko (Croatia) said that the Convention, like the Brussels Convention, provided an autonomous definition of formal validity. This was good since it provided some certainty and predictability among countries with differing definitions of validity. With respect to substantial validity, Mr Sajko noted that there was no rule in the preliminary draft Convention. He said that the applicable law of the forum should determine whether a choice of forum clause was valid. He suggested that parties could ensure a degree of predictability by referring to "competent courts for these disputed matters" in their choice of forum clauses.

Mr Kovar (United States of America) asked if the discussion was not mixing three topics. He addressed the first issue, the question of the validity of choice of forum clauses. He noted that this was an extremely sensitive issue for the United States of America and further consultation was needed. His delegation first needed to consult with its constituents. He then referred to the anticipated discussion of Working Document No 5, saying that he was unsure what the word "confirmed" added to the provision. He said he would wait to hear from Mr Nygh (co-Reporter) before knowing whether the deletion of the word was advisable.

The Chair suggested that Working Document No 5 be set aside for the moment.

Mr Möller (Finland) said he favoured a liberal interpretation of formal requirements, but would come back to this topic after hearing from Mr Bucher (Switzerland).

The Chair noted that the delegation of the United States of America had not yet had the chance to comment on its proposal (Work. Doc. No 2) and invited it to do so.

Mr Brand (United States of America) began by noting that Working Document No 2 was not inconsistent with the comments recently made. He agreed that parties should be able to choose their forum as specifically as possible. For example, one should not have to stand before a court in Alaska simply because a New York court could not be specified when drafting a choice of forum clause. Mr Brand said, however, that United States constituents were unsure of what Article 4(1) meant, or how it changed existing law. The aim of the Working Document was twofold. First, it made choice of court clauses exclusive in terms of jurisdiction. Second, it addressed the concern that an unamended Article 4 could be read to say that parties could create subject matter jurisdiction because of the mandatory nature of its language. He believed the proposal to be consistent with Mr Nygh's statement

that the provision related to personal jurisdiction and not to subject matter jurisdiction. Mr Brand also supported the view of Mr Philip (Denmark) that parties should be able to choose a particular court as long as it was competent.

Mr Wagner (Germany) said that the meeting should keep the present text because Working Document No 2 would lead to uncertainty. He described two clause variations. In the first type of clause, it would be specified that the courts of a specific State would deal with the matter. This case would pose no problems, either under the present text or under Working Document No 2. In the second type of clause, it would be stipulated that matters will be handled by "the court at the Hague" or "the court at Berlin". This scenario would pose a problem under the amendment.

Mr Musger (Austria) said that he agreed in substance that choice of court clauses should not interfere with subject matter jurisdiction. However, the issue of validity was much more difficult. He felt it was clear that substantive validity, as in cases of consent, duress, or fraud, must be dealt with according to *lex causae*. With regard to the question of lawfulness, Mr Musger asked if the concept included reasonableness, unfairness, and injustice. He said that, according to the Report of the preliminary draft Convention, the question was dealt with in the text of the preliminary draft Convention. Any changes in the understanding of "lawfulness" would lead to consequences at the enforcement stage. Mr Musger said that even if the parties' chosen court accepted the validity of their choice of forum clause, there was no guarantee that its resulting judgments would be found valid by a second court at the recognition and enforcement stage.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with Mr Musger's comments, saying that the problem with Working Document No 2 was a drafting issue. He remarked that choice of forum clauses could be framed in language stipulating not only desired forum, but desired court. He then asked what should be the substantive outcome if the specified court were jurisdictionally incompetent? Mr Goddard gave the example of a contract between two agencies wishing to be heard in the employment court of New Zealand. If the employment court determined that the agreement was a services contract, and thus lay outside its competence, it could react in one of two ways. The court could maintain that Article 4 did not apply, or it could transfer the affair to a competent court within New Zealand so that the parties might stay within their chosen jurisdiction. Mr Goddard noted that he was inclined to follow the second line of action, but he invited the insights of the co-Reporters.

Mr Trooboff (United States of America) replied that he was not sure that, if their chosen forum determined itself incompetent to hear their claim, parties would want to be sent to an unforeseen court. He said that if Working Document No 2 was not clear, then redrafting should be considered.

Mr Hu (China) noted that it was clear in the preliminary draft Convention that the court addressed should have no power to debate the lawfulness of the judgment delivered by the court of origin. However, with regard to jurisdiction, he said he understood that the court could review the lawfulness of the choice of forum clause, since the *lex fori* may have rules to safeguard the applicability of the choice of forum clause. He said the problem was one of common substance. The solution lay in clarifying the text of Article 4. He felt that amending the Article would be difficult due to the many questions concerning substantive validity. Mr Hu said he hoped the delegates could reach a common understanding and that the co-Reporters could clarify this point in their Report.

Ms Schulz (Germany) agreed that this was a drafting matter. She stressed that subject matter jurisdiction was outside the scope of the Convention, and that there was no risk that the clause would affect it. For this reason she supported keeping the present text so that the parties remained free to choose a hearing before any court in a State, or indeed a specific one. She noted that the United States of America proposal did not provide for choice of local venues.

With regard to subject matter jurisdiction, Ms Schulz addressed the question of what to do when a chosen court did not have jurisdiction. She pointed out that this situation arises with national cases as well, and most countries had rules governing this type of conflict. The incompetent court could simply find the claim inadmissible. In some cases the court could refer the affair to a competent court within the same State. However, it would generally be the responsibility of the parties to take the next step and seise the court having subject matter jurisdiction.

The Chair observed general agreement on the substance, but not wording, of Working Document No 2. He asked for further comments from the floor.

Mrs Bariatti (Italy) expressed disagreement with Working Document No 2, saying that a change in wording was not helpful. She said the inability to confer subject matter jurisdiction was clearly set out at paragraphs 72 and 73 of the Report of the preliminary draft Convention. It was up to the courts to read it, or else a paragraph expressly excluding this possibility could be put into Article 4. As for the lawfulness of the agreement, Mrs Bariatti found that this was also clear in the Report of the preliminary draft Convention. States could not add requirements regarding lawfulness.

Mr Trooboff (United States of America) said he could be persuaded that the United States of America proposal was not the best solution to the problem. But he insisted that the meeting clarify in the text what certain delegates had come to understand over eight years. It was not enough that the meeting produce a clarified Report. These clarifications must appear in the final text of the Convention, in order to save litigants time and money.

Ms Fassberg (Israel) expressed agreement with Mrs Bariatti with regard to the question of subject matter jurisdiction. She further agreed with the delegation of the United States of America that the first paragraph of Article 4 could currently be read as dealing with substantive validity. She admitted having some confusion about whether public policy was subject to the *lex fori*, since it seemed that Mr Nygh's comment was in conflict with paragraph 70 of the Report of the preliminary draft Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) clarified that his statement had not been inconsistent with the Report of the preliminary draft Convention. His earlier comment had been made under the hypothesis that Article 4(3) was removed. He confirmed that the question of lawfulness, or whether a choice of forum clause was permissible, is precluded by the preliminary draft Convention. On the other hand, the question of whether the agreement exists at all would be governed by national law.

Mr Kovar (United States of America) explained that the concept of *licéité* was unfamiliar to lawyers in his country. He asked whether his earlier example of the New Jersey State Franchising Act nullifying the choice of forum clauses in certain contracts constituted a question of lawfulness. Mr Kovar said he believed that most States had rules that prohibited choice of forum clauses in certain business-to-business contracts. He asked the Commission to think about whether the

intent was to preclude or permit any national, state, or local laws that made such a provision. He explained that under the law of the United States of America, it was actually possible for a court to invalidate a choice of forum clause if required by national legislation. He questioned whether that was to be considered unlawful practice. He said it was important for the meeting to define the parameters of the problem. The delegation of the United States of America would then need to return and consult with its constituents before determining what the best result would be.

Mr Philip (Denmark) remarked that it was his understanding that provisions such as Mr Kovar's Franchising Act example were impermissible, while the validity of contract formation was to be left to the applicable law. He agreed that there may be a grey zone. He explained a provision of Danish law allowing courts to invalidate a choice of forum clause between two grossly unequal parties. This was a matter of contract formation and not categorical invalidation based on contract type. Mr Philip suggested that the problem addressed in Working Document No 2 might be solved by adding, "that court, or those courts which have jurisdiction (provided they have subject matter jurisdiction), shall be exclusive".

Mrs Bariatti (Italy) agreed that provisions prohibiting choice of forum clauses in certain categories of contracts were not desirable. She asked how such an agreement would work in the context of arbitration.

Mr Beaumont (United Kingdom) supported the policy outlined at paragraphs 70 *et seq.* of the Report of the preliminary draft Convention. He said it was important to limit the circumstances under which national law could permit courts to declare a choice of forum clause invalid. He said that the only grounds on which national law should come into play should be with regard to consent. He supported Mr Philip's solution. He suggested that the meeting might consider clarifying this point at the beginning of the preliminary draft Convention rather than burying it in Article 4.

Mr Möller (Finland) stated that in his country a court might disregard conditions of a contract if it found them unreasonable between unequal parties. This applied also to jurisdiction and arbitration clauses. He asked if this was an issue of substantive validity or of lawfulness, and admitted that after the morning's discussion, he was no longer sure.

Mr Sajko (Croatia) noted that the admissibility of choice of forum clauses must be governed by the substantive law of the *lex fori*.

Mr Kovar (United States of America) said that the delegates and co-Reporters had yet to clarify their intent with respect to Article 4. He noted again that the delegation of the United States of America would have to consult with its small business constituents before reacting to further draft proposals.

M. Prujiner (Canada) considère que la question posée est celle de savoir si la licéité d'une clause d'élection de for doit être régie par la Convention ou bien par les règles nationales des différents États contractants. Il rappelle que le Rapport tend à exclure la compétence des droits nationaux et observe que si cette question doit échoir à la Convention, les dispositions de celle-ci doivent être précisées.

The Chair determined that there seemed to be a consensus as to the aim of Working Document No 2, if not its wording. He invited delegates to submit additional language proposals in this vein. He then called upon Mr Bucher to comment on Working Document No 5.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il tentera de replacer la proposition contenue dans le Document de travail No 5 dans le contexte de la discussion générale relative à l'article 4, bien que l'objet de celle-ci soit plus restreint. Il explique que le paragraphe premier pose une règle générale en vertu de laquelle une convention entre les parties est nécessaire afin de conférer compétence à un tribunal. Il ajoute que les conditions de validité d'un tel accord ne sont toutefois pas précisées et relèvent de ce fait des différents droits nationaux. Ensuite, M. Bucher indique que l'essentiel de son intervention a trait au paragraphe 2, lequel concerne les conditions de forme. Il précise qu'il n'est pas toujours aisé de tracer une frontière claire entre ces dernières et les conditions de fond. Par la suite il rappelle que, selon lui, la Convention doit couvrir l'ensemble des questions relatives à la forme des clauses d'élection de for. Or, poursuit-il, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 2 prévoit qu'une telle clause est valable en la forme si elle a été conclue ou confirmée selon l'une des formes prévues aux lettres *a)*, *b)*, *c)* et *d)*. Pour lui, la mention « ou confirmée » ne peut viser que la forme que doit revêtir l'acceptation d'une clause d'élection de for. Il en résulte donc, selon lui, que la forme de l'offre n'est pas régie par la Convention et qu'elle relève par conséquent des droits nationaux. M. Bucher explique ensuite qu'une telle disposition peut conduire à des solutions divergentes car certains États admettent la validité des offres orales confirmées par écrit, alors que d'autres ne l'admettent pas. Par ailleurs, la Suisse estime qu'une approche rigoureuse s'impose au niveau mondial, ce qui implique la forme écrite. Il considère néanmoins qu'une offre faite par oral et confirmée par écrit serait acceptable. Il rappelle également que cette hypothèse était initialement prévue par la Convention avant d'être supprimée par la suite et que la mention « confirmée » figurant au paragraphe 2 n'est en réalité qu'une réminiscence de la rédaction initiale. Pour lui, celle-ci est donc désormais dénuée de sens. Ainsi, M. Bucher considère que deux solutions sont envisageables. La première consiste, selon lui, à supprimer purement et simplement les mots « ou confirmée », alors que la seconde serait d'ajouter à la lettre *a)* du paragraphe 2 les mots « par écrit ou par oral confirmé par écrit ».

Mr Kovar (United States of America) agreed that there was a serious degree of ambiguity in the text. He was not convinced that the deletion of "or confirmed" decided the matter definitively. He noted the 1958 *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and measures taken by UNCITRAL, and remarked that in modern practice certain rigid writing requirements had become viewed as anachronistic. He explained that in the United States of America the 1958 New York Convention was interpreted as not precluding ordinary contract principles. It was the preference of his delegation that Article 4 not prejudice the use of national contract practice to determine whether an agreement existed, but to the extent that there was a writing requirement in local law, the Article made clear that electronic forms were acceptable.

Mr Beaton (United Kingdom) announced that he was no longer in complete disagreement with the Swiss proposal. He agreed that the definition of "writing" must be flexible enough to accommodate new and emerging forms of communication. Mr Beaton concluded by saying that, first, he agreed that the words "or confirmed" should be deleted. Secondly, the United Kingdom remained open to the possibility of supplementing the provision.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) took issue with Mr Bucher's analysis, finding it to be a classic analysis of offer and acceptance. He remarked that an oral agreement is binding even before it is evidenced in some other way. He maintained the usefulness of the words "or confirmed" in the contexts of sub-paragraphs *a)* and *b)*, but not *c)* and *d)*.

Mr Nygh (co-Reporter) indicated that support for Mr McClean's comment could be found at paragraphs 83 *et seq.* of the Report of the preliminary draft Convention.

Mr Lambertz (Sweden) said that he had read the provision as Mr McClean had, and was puzzled by the comments of Mr Bucher, Mr Kovar and Mr Beaton.

Mr Möller (Finland) said that he felt a modification of language was necessary here, seeing sub-paragraphs *a)*, *b)*, *c)* and *d)* as alternatives. He agreed that the preliminary draft Convention must take into account modern contract practices, and recommended very liberal construction of the term "in writing".

The Chair observed that there was general agreement on the substance of Working Document No 5 and noted Mr Bucher's willingness to consult with interested delegates as to how the drafting might be improved. It was projected that discussion of choice of court would be revisited, and largely concluded, within the next two meetings.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il est parfaitement disposé à procéder de cette façon, mais qu'il faudra lui fournir de l'aide. Il explique ensuite qu'il ne peut partager le point de vue exposé par l'Observateur du Commonwealth car celui-ci conduit à envisager deux niveaux de validité formelle, le premier étant régi par le droit national et le second par la Convention. Or, selon lui, il ne peut y avoir d'accord oral dont la validité formelle serait soumis au droit national car cette question est réglée par la Convention. Enfin, il précise que ce problème fondamental peut être résolu grâce à une nouvelle rédaction.

The Chair encouraged delegates to actively support Mr Bucher's effort and again invited the submission of additional Working Documents.

Ms Schulz (Germany) said the meeting should concentrate its efforts on substance and leave drafting to the Drafting Committee. She observed disagreement regarding whether an oral choice of forum should be valid without being in writing. Therefore this would have to be decided by the Plenary before sending the issue to a drafting group.

Mr Kovar (United States of America) replied that sometimes drafting efforts helped clarify policy choices. He advised caution when saying that Article 4 does not necessarily apply to contracts entered into entirely orally. Sub-paragraphs *c)* and *d)* allow for such application if oral agreement is the customary usage of the parties.

The Chair suggested that further Article 4 drafting suggestions be entertained at the next meeting.

Mr Hu (China) asked for clarification of the term "usage" in sub-paragraphs *c)* and *d)*. He expressed hope that the co-Reporters would explain further what practices constituted "usage".

Mr Nygh (co-Reporter) said that the term "usage" was discussed at paragraphs 86 and 87 of the Report of the preliminary draft Convention. He clarified that it concerned the usage or regular practice within a particular trade or industry.

M. Droz indique que lorsqu'il était Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, il recevait régulièrement dans son bureau des télex rédigés ainsi: «Conformément à notre entretien, confirmons: 365 carcasses de porcs et de bœufs. Contrat soumis à nos conditions générales.» Il explique que ces commandes en provenance de Malte et destinées à un exportateur néerlandais, qui lui étaient adressées par erreur, étaient certainement soumises à des usages courants dans la profession, lesquels prévoyaient vraisemblablement une clause d'élection de for. Pour lui, cet exemple illustre la fréquence du recours à des moyens techniques en vue de conclure des conventions dans certains secteurs d'activité. Enfin, il ajoute que si les moyens utilisés aujourd'hui sont plus évolués que le télex, la problématique n'en demeure pas moins identique.

Mme Albuquerque Ferreira (Chine) indique qu'un point demeure ambigu. Elle explique qu'il convient de ne pas oublier que chacun possède une culture juridique spécifique. Elle ajoute qu'il semble difficile d'admettre qu'un juge puisse se prononcer sur la validité formelle mais pas sur le fond, d'autant que les usages sont extrêmement divers. Pour elle, ce point semblait clair au vue du Rapport, mais les débats qui ont eu lieu ce matin tendent à prouver le contraire.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that the term "usage" did not implicate the practices of courts, but of particular, identifiable industries. These practices are often implicit in contracts. The term did not raise the question of judicial discretion.

Ms Albuquerque Ferreira (China) asked for clarification of the relationship between the first and second paragraphs of Article 4. She asked which kinds of judgments a judge can make, if not substantive validity of agreements.

M. Bucher (Suisse) estime que, loin de reposer sur un malentendu, les interventions des Délégués de la Chine révèlent toute la difficulté qu'il y a pour faire le départ entre les questions qui relèvent des conditions de forme et celles qui relèvent des conditions de fond. Pour lui, cette distinction recoupe celle qui existe entre le paragraphe premier et le paragraphe 2. M. Bucher explique, ensuite, que les usages ne soulèvent pas toujours des questions exclusivement formelles, mais ont parfois une incidence sur la validité ou l'existence même de l'accord. Il ajoute qu'il existe à cet égard une abondante jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes rendue au sujet de l'article 17 de la Convention de Bruxelles aux termes de laquelle il apparaît que lorsque les conditions de forme ont vocation à garantir l'existence ou l'intégrité du consentement, elles sont définies exclusivement par cette disposition.

The Chair then asked Mr Nygh to again direct the meeting's progress through the choice of forum discussion.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that Article 4(3) specifically referenced Articles 7 and 8. He asked whether delegates wanted to discuss this at that time or wait until the meeting arrived at Articles 7 and 8.

The Chair said he was inclined to put off the discussion until addressing Articles 7 and 8, but asked for delegates' thoughts.

Mme Bourgeois (France) indicated that she would like to leave discussion for that time.

The Chair agreed and directed the meeting to the topic of trusts.

Mr Kovar (United States of America) said that his delegation had not yet submitted its proposal on trusts, not having anticipated that discussion would reach the subject so early in the meeting.

The Chair suggested that Mr Nygh (co-Reporter) might introduce the next agenda item, "appearance of defendant" instead.

Procès-verbal/Minutes No 2

Mr Nygh (co-Reporter) stated that the provision regarding the appearance of the defendant is Article 5 of the preliminary draft Convention, discussed at paragraphs 89 to 96 of the Report of the preliminary draft Convention. He explained that, according to the current provision, the voluntary and unconditional appearance of the defendant before a court cures all defects of jurisdiction, except where the Article 12 exclusion applies. He noted that the provision is not subject to Article 4. This is logical, considering that if a party to a choice of forum clause still accepts the plaintiff's alternate suggestion in breach, the defendant has tacitly modified the clause or waived the right to object.

Mr Nygh reminded the meeting that failure to object can transform an unauthorised forum into an authorised one, and that grey and black can in effect be transformed into white. A court has jurisdiction if the defendant proceeds on the merits without first contesting the jurisdiction. If the defendant raises an objection and is overruled, and then proceeds with the hearing, Article 5 does not apply. Mr Nygh noted that there was cynical advice to be had here: perhaps a defendant should raise a *pro forma* objection to jurisdiction. He noted that in one sense, the defendant is in a stronger position than under common law. Under common law, if the defendant were to raise an objection, fail, and still proceed, this would be considered jurisdictional submission. Article 5 gives the defendant a weapon not provided under national law. Mr Nygh noted that a dilemma exists.

He acknowledged that, while radical, the Working Document No 6 proposal to delete Article 5 altogether was nevertheless a good starting point for discussion of the problem.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 3

Minutes No 3

Séance du jeudi 7 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Thursday 7 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.40 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair welcomed everyone and stated that the issue of trusts would not be dealt with this afternoon. The discussion would be postponed to Friday afternoon leaving time for the production of a possible working document in this respect. He introduced the next item, being appearance of the defendant. After referring to Working Document No 6 (United States of America, New Zealand, Switzerland), the Chair invited the delegates to comment.

M. Bucher (Suisse) précise que le Document de travail No 6 a été préparé conjointement par les États-Unis d'Amérique, la Nouvelle-Zélande et la Suisse. Les délégations de chacun de ces trois pays interviendront successivement pour exposer l'approche nationale. Si leurs vues respectives peuvent varier, elles se rejoignent néanmoins quant au résultat à atteindre. Il rappelle que la compétence résultant de la comparution du défendeur est largement connue en Europe et ailleurs, mais qu'elle constituerait une réelle innovation pour d'autres systèmes, qui la considèrent parfois avec réprobation. M. Bucher insiste sur l'importance d'une telle disposition dans le cadre particulier du système d'une convention à caractère mixte. Il y oppose les instruments à caractère double, telles les Conventions de Bruxelles et de Lugano, pour lesquelles ce type de for a un rôle tout à fait différent à jouer, comme l'atteste le peu de jurisprudence relative à l'application de l'article 18 de chacun de ces textes. En revanche, l'article 5 de l'avant-projet de Convention serait amené à avoir un impact nettement supérieur, voire dangereux, en raison de la marge qui est laissée aux États contractants, quant à l'application de leurs règles nationales, par l'article 17. Il explique que lorsqu'une juridiction sera compétente en vertu de ces règles issues de la « zone grise », le défendeur risque de s'y fier et en conséquence de rester passif. S'il ne prend pas la précaution de soulever une exception d'incompétence, il se verra appliquer les dispositions de l'actuel article 5. Le chef de compétence qui, à l'origine, était issu du droit national devient alors fondé sur la « zone blanche » de la Convention, ce qui ouvre tous les effets conventionnels, et notamment la possibilité d'une reconnaissance simplifiée du jugement à l'étranger. M. Bucher voit là une forme de « piège » se refermant sur le défendeur. Il reconnaît que d'aucuns pourraient objecter que le for attaché à la comparution répond à un souci de liberté et que l'autonomie de la volonté doit être d'autant plus respectée dans le cadre des relations commerciales internationales. Néanmoins, il relève qu'un tel point de vue supposerait qu'un accord ait été donné en pleine connaissance de cause par le défendeur, c'est-à-dire avec la conscience des répercussions possibles. Or, il n'est pas certain que celui-ci perçoive l'intérêt de l'opposition et qu'il anticipe suffisamment, en pensant à prévoir une éventuelle exécution à l'étranger. M. Bucher estime plus prudent de ne pas retenir dans la Convention un chef de compétence qui serait fondé sur cette cause car il juge prématuré de mondialiser un tel système.

Mr Brand (United States of America) indicated that Mr Bucher's view reflected the point of view of the delegation of the United States of America. To support the argumentation in favour of the deletion of Article 5 of the preliminary draft Convention he listed four problems the aforementioned Article gave rise to. Firstly, the basis of jurisdiction constituted by Article 5 of the preliminary draft Convention was of no value within a mixed convention. As far as it was designed to acknowledge a basis of jurisdiction already existing, this basis should remain within the "grey zone". Secondly, it created a trap for the unwary defendant leveraging up a "grey zone" basis of jurisdiction to a "white zone" basis, which would result in unnecessary litigation. Moreover, even an improbable "grey zone" jurisdiction could become a "white zone" jurisdiction when Article 5 was applied. He brought up the example where the plaintiff sues the defendant in a State, which does not have jurisdiction under the Convention but does pursuant to national law. Here the defendant would be confined to three undesirable alternatives. Either he could not appear at all, or he could appear and contest, which may lead to the unfavourable situation where the defendant would be compelled to contest jurisdiction knowing beforehand that this motion must fail, or, he could appear and not contest leading to the leveraging up of the "grey zone" jurisdiction, which despite the benefits in the recognition and enforcement stage may however produce inappropriate results.

Mr Goddard (New Zealand) noted that Article 5 of the preliminary draft Convention created considerable risks because of the possibility that some courts would not interpret the provision the way the Report of the preliminary draft Convention did. He gave an answer to why the seemingly elegant solution of Article 5 of the preliminary draft Convention became less appealing once put into practice: the counsel of a defendant in a case brought upon "grey zone" jurisdiction would – since no extra costs were involved – in every case contest jurisdiction on the basis of the Convention. This being on the record, the proposed Article 5 would be of no benefit and would only punish those who were poorly advised and did not protest. He then outlined the remaining purposes of Article 5 of the preliminary draft Convention, which consisted of two items: one, the simplification of the enforcement procedure and its cost reduction by preventing a jurisdiction argument at that stage and, two, the establishment of a court of origin in "black zone" cases by choosing not to contest, when the enforcement of a judgment elsewhere proves to be reasonable. Weighing these advantages against the mentioned risks, he concluded that the deletion of the Article was justified.

Ms Renfors (Sweden) stated that the European Community wanted to retain a provision on the appearance of the defendant as a ground for jurisdiction within the Convention. She noted that this basis of jurisdiction was a familiar concept, since it was already set forth in the *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. She conceded, however, that there were problems with such a provision in the light of the fact that here a mixed convention was being negotiated. She admitted that amendments could become necessary. Nevertheless, she doubted whether the radical notion of deleting the provision would resolve every problem, not to mention that it could produce unwanted effects. She pointed out the merits of the solution found in Article 5 of the preliminary draft Convention, mentioning the facilitation of enforcement proceedings and the need to respect the choice not to contest jurisdiction being an aspect of party autonomy.

Mr Musger (Austria) shared the view of the European Community and added that an appearance of the defendant provision would be capable of healing complicated legal questions as to jurisdiction in case the plaintiff based his claim on "white zone" jurisdiction in good faith. He held that it was justifiable that the defendant stated his opinion whether to contest jurisdiction or not, possibly barring him from disputing jurisdiction issues at a later stage of recognition or enforcement.

Ms Sabo (Canada) was grateful to the Delegates of the United States of America, New Zealand and Switzerland for highlighting the problems arising from the use of an appearance of defendant provision in a mixed convention. In many respects, however, she joined with the position of the European Community. She pointed out that after removing Article 5 of the preliminary draft Convention it would not be possible for a defendant to accept jurisdiction outside an exclusive choice of forum and benefit from a "white list" judgment. As to Mr Goddard's concern of greater litigation by means of automatic contesting, she replied that by leaving the jurisdiction question to national law considerable litigation would occur at the enforcement stage of the proceedings instead. She concluded that a better solution would be to examine further methods of disconnecting the "white zone" from the "grey zone".

Mr Bennett (Australia) regarded the concern raised by Mr Goddard, that Article 5 of the preliminary draft Convention constituted a trap for the unadvised defendant, as powerful. He added another strong consideration in favour of deleting Article 5 of the preliminary draft Convention: If the defendant had some assets in a "black list" jurisdiction and he chose not to abandon them by entering into this litigation, he would risk his assets everywhere. Without Article 5 of the preliminary draft Convention the defendant would be able to enter into "black list" litigation without risking assets in other jurisdictions, which may well cause an undesirable multiplicity of cases. He concluded that, nevertheless, accepting a certain risk of multiple litigation was preferable to taking the risk of injustice.

Mr Trooboff (United States of America) noted that there should be more time given to think about the questions raised in this discussion. He then proceeded with the case that the plaintiff sued on the basis of a "white list" jurisdiction and the defendant contested. If the court rejected its jurisdiction, there would be no "white list" jurisdiction and if the court accepted, Article 5 of the preliminary draft Convention would not have served any purpose.

He remarked that he had not yet heard any answer to the point that Article 5 of the preliminary draft Convention sets up a trap for the unwary defendant and supposed that any conceivable solution would necessarily become too complicated.

Ms Schulz (Germany) commented on three possible reactions of a defendant to an action. One would be to contest. Even if a counsel would always take this step, as Mr Goddard had indicated, she wondered what harm this would cause. Courts could handle this question quickly without producing any significant increase of litigation. Despite a rejection of the defence the proceedings would still remain within the "grey zone" jurisdiction. By this the defendant would at least have obtained a non-recognition decision under the Convention. She proceeded with the second reaction, which was not to contest. In this case Article 5 of the preliminary draft Convention would facilitate recognition and enforcement. If the provision were deleted, litigation would be inevitable at the enforcement stage. Courts would have to recheck all "white list" grounds, which may prove even more complicated than to check them in the first place. As to the third reaction, she mentioned the acceptance of a default judgment. Since Article 5 of the preliminary draft Convention would not apply, there would also be no "white-washer" in this case. She summarised that whatever reaction the defendant assumed, Article 5 of the preliminary draft Convention would either operate in a favourable manner, or at least cause no damage.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed with Ms Schulz and stressed that the defendant should not be free to contest jurisdiction at the enforcement stage, if he failed to contest at the appearance on the merits. Article 5 of the preliminary draft Convention would prevent cumbersome argumentation on jurisdiction questions at the enforcement stage.

Mr Goddard (New Zealand) argued against the suggested value of Article 5 of the preliminary draft Convention being the capability of curing uncertainties. If there were uncertainties, whether a court was dealing with a "white zone" case, which was clearly "grey zone", the voluntary appearance provision would solve nothing, bearing in mind the pro forma protest by the defendant's counsel. Since courts would have no need to make distinctions as to whether they assumed "white" or "grey zone" jurisdiction, the challenge would at any rate run at the enforcement stage. He added that the provision created huge risks within "black zone" cases and that the defendant should have the possibility to protest.

He noted that Article 5 of the preliminary draft Convention did not serve any useful purpose but only caught out the unwary. He closed with the remark that there were some useful

Procès-verbal/Minutes No 3

aspects of Article 5 of the preliminary draft Convention, but that they could only be taken into account by a complicated rule, which one should nevertheless try to conceive.

M. Bucher (Suisse) estime que cette riche discussion a permis de renforcer l'idée qu'il est nécessaire de supprimer l'article 5. Il revient sur la suggestion, qui a été faite par certains des délégués favorables à cette disposition, de faire presque systématiquement opposition à la compétence du juge saisi, dans le doute. Selon lui, un système qui reposerait sur une telle démarche est voué à l'échec. Il observe qu'aucun de ceux qui ont soutenu l'article 5 n'est avocat et il redoute que les implications pratiques de ce texte aient été mal saisies. Il souligne les coûts importants, en temps et en argent, qui seront engendrés par les actes de procédure supplémentaires rendus nécessaires. Par ailleurs, il juge utile de préciser que la contestation de compétence du juge d'origine, qui serait fondée sur des chefs de compétence d'ordre national, pourrait être effectuée au stade de la reconnaissance, devant le juge de l'État requis. Enfin, il relève que les procédures judiciaires commerciales ont évolué. D'une part, si, par le passé, le défendeur avait généralement l'ensemble de son patrimoine sur le territoire d'un seul pays, actuellement, ses biens sont souvent dispersés. Par conséquent, il est difficile de prévoir où le jugement sera exécuté. D'autre part, même si le patrimoine est volontairement transféré au moment où une action en justice est introduite, les créanciers suivent alors le débiteur, y compris à l'étranger. Il lui semble donc peu judicieux de conseiller au défendeur de ne pas comparaître devant le tribunal saisi. M. Bucher conclut en indiquant que les arguments qui ont été présentés en faveur de l'article 5 ne lui paraissent pas convaincants.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) agreed totally with what had been said just before. He reminded the delegates that in common law history the submission to jurisdiction was a natural counterpart to service of the writ. As to the notion of the contest of jurisdiction without producing significant costs, he commented that he could not imagine a cost-free step in litigation proceedings.

M. Droz (expert consultant) indique que son avis personnel n'est pas encore totalement arrêté quant au maintien ou à la suppression de l'article 5 car les arguments présentés dans un sens et dans l'autre lui ont fait grande impression. Il reconnaît que d'un côté, l'adoption de l'article 5 permettrait une simplification appréciable au niveau de l'exécution des jugements, mais que d'un autre côté, elle entraînerait aussi de réels dangers. Dans le cas où l'article 5 serait supprimé, il suggère de garder une hypothèse particulière à l'esprit. Si le défendeur comparaît devant un tribunal qui n'est pas compétent en vertu de la liste blanche et s'il présente si bien sa défense qu'il emporte la conviction des juges, la partie déboutée de sa demande pourrait intenter une nouvelle action devant une autre juridiction, en utilisant cette fois un des chefs de compétence de la « liste blanche ». Selon M. Droz, il conviendrait de préciser que, dans ce cas de figure, le jugement de débouté devrait être opposable et reconnu à l'étranger au même titre qu'une décision fondée sur les compétences comprises dans la « liste blanche ». Il rappelle que ce problème avait été rencontré lors de précédents travaux de la Conférence et qu'il avait été réglé par ses soins. En effet, une disposition de ce type figure dans l'article 10, No 7, de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.*

Mr Möller (Finland) conceded that Article 5 of the preliminary draft Convention created problems in a mixed convention and that it may require further drafting. Yet he did not consider it recommendable to drop the provision as a whole. He drew attention to the fact that many bilateral agreements operated with exactly the same kind of provision. Furthermore he thought it was self-evident that when a question of jurisdiction was raised, it would be put on the record.

Mr Brand (United States of America) stated that he had not yet heard of any benefits of Article 5 of the preliminary draft Convention that could be balanced against the undisputed concern that the provision creates a trap for the unwary.

He noted that if Article 5 of the preliminary draft Convention were to express a consent to jurisdiction, Article 4 of the preliminary draft Convention could be applied, since at the time of litigation there would always be a chance for a choice of forum clause to supersede any former agreement. Article 5 of the preliminary draft Convention would only offer another mechanism.

Mr Trooboff (United States of America) raised a practical concern with respect to contesting jurisdiction under the Convention. A judge would not decide if he was dealing with the kind of jurisdiction that would enable enforceable judgments under the Convention if he had jurisdiction according to national law anyway. A judge would not decide on a special motion to accept or reject required jurisdiction under the Convention.

Mr Brand (United States of America) added that a judge would only state that he had jurisdiction irrespective of whether it was "white" or "grey" zone.

Mr Pocar (co-Reporter) questioned whether it was the intention of the drafters of Working Document No 6 to exclude from the "white list" the basis of jurisdiction both explicitly and implicitly covered by Article 5 of the preliminary draft Convention. He pointed out that Article 4 of the preliminary draft Convention alone did not completely cover the situation where a defendant positively accepts jurisdiction, since this acceptance, implicitly covered by Article 5 of the preliminary draft Convention, could not be regarded as an agreement between the parties but only as a judicial act towards the court.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that a positive acceptance could not be considered a contractual jurisdiction and that it nevertheless should fall within the "white list", which called for drafting a more subtle provision.

He stressed the point that only a contest under national law would result in a court decision. He saw no point in making the defendant go through the charade of contesting, which would necessarily fail if jurisdiction under national law was clear. He argued that the notion of a formal document stating there was no "white list" jurisdiction was wasteful and only defeated the use of Article 5 of the preliminary draft Convention. He concluded that only the irreducible value of Article 5 of the preliminary draft Convention should be restored.

Mr Musger (Austria) raised the question of a plaintiff suing a defendant on "white list" grounds, while the defendant defended on the merits without contesting jurisdiction and lost. Without Article 5 of the preliminary draft Convention the defendant could contest jurisdiction once the plaintiff tried to enforce the judgment in the defendant's home country. In his understanding this was not a simplification of the rules.

Mr Philip (Denmark) did not share Mr Pocar's hesitation that a positive acceptance would not constitute an agreement under Article 4 of the preliminary draft Convention.

He asked the drafters of Working Document No 6 about the consequences of the deletion of Article 5 of the preliminary draft Convention in the situation where the defendant appeared but did not contest.

M. Bucher (Suisse) estime, dans la lignée de l'exemple donné par M. Pocar, que lorsque le défendeur aura expressément accepté de comparaître, le tribunal saisi sera compétent. Il revient ensuite sur le point de vue exprimé par la Déléguée du Canada. Si le défendeur manifeste une pleine acceptation, la compétence doit sans aucun doute être dévolue au tribunal choisi. Mais si M. Bucher considère que cette solution s'impose, il dit douter du fondement utile à cette fin. Il note que la répartition est parfois délicate entre le rôle que les règles nationales doivent jouer et le rôle dévolu aux dispositions de la future Convention, notamment en ce qui concerne les clauses d'élection de for. Il rappelle que la doctrine est divisée quant à la définition de ce qui relève de la situation contractuelle et de ce qui pose une pure question de procédure. Par ailleurs, M. Bucher exprime une difficulté de compréhension à l'égard de l'exemple donné par le Délégué de l'Autriche. Il observe que si le demandeur a saisi un for compétent en vertu de la « liste blanche », il ne serait pas logique que le défendeur soulève une exception d'incompétence, alors que le rejet de celle-ci est parfaitement prévisible. Il indique qu'en cas de suppression de l'article 5 de l'avant-projet de Convention, tous les autres chefs de compétence prévus par la Convention trouveront à s'appliquer et que le sort du défendeur comparaissant sans objecter relèvera de la « zone grise », c'est-à-dire qu'il dépendra des chefs de compétence nationaux.

The Chair stated that neither the text of the preliminary draft Convention nor the proposal set forth in Working Document No 6 had sufficient support for consensus. He asked Mr Philip to assemble three or four persons from both sides in order to see if a proposal could be conceived that defined the scope of an appearance of defendant provision in as narrow terms as possible. He suggested that the item would be continued on Friday afternoon.

Mr Philip (Denmark) accepted.

The Chair reminded the delegates that there were several other matters left unresolved to be dealt with on Friday afternoon before entering into important subjects on Saturday morning. With reference to Working Document No 13 (Japan, New Zealand, United States of America) he then drew attention to the defendant's forum.

M. Pocar (co-Rapporteur) mentionne qu'au sujet de la compétence du for du défendeur, il convient de se référer à l'article 3 de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale, aux paragraphes 54 à 66 du Rapport, et au Document de travail No 13. Bien que le sujet ait fait l'objet de discussions au cours des réunions informelles, et notamment à Édimbourg, aucun document n'est annexé à ce titre au Document de travail No 15. Il rappelle que ce chef de compétence ne soulève pas de véritable controverse : il est admis de façon générale que le demandeur peut porter son action devant les juges du pays du défendeur. En revanche, les difficultés surgissent en ce qui concerne le critère de rattachement à retenir à cet égard. L'avant-projet de Convention retient le critère de la résidence habituelle, conformément à la tradition de la Conférence de La Haye. Mais la question du maintien de ce facteur de rattachement est posée par M. Pocar car il pourrait sembler inapproprié en ce qui concerne le domaine couvert par la future Convention. En outre, il évoque la possibilité de donner une définition de cette notion, à l'instar de ce qui existe pour les personnes autres que physiques, vis-à-vis desquelles l'article 3 mentionne une pluralité de rattachements alternatifs, par contraste avec le critère unique valable pour les personnes physiques. M. Pocar précise que la résidence habituelle n'a pas été définie dans l'avant-projet : seuls quelques éléments figurent aux paragraphes 9 et suivants du Rapport qu'il a établi en collaboration avec M. Nygh.

Mr Goddard (New Zealand) announced that he was elected to be the first speaker on Working Document No 13. He outlined that the issue here was the question whether "habitual residence" or another concept was the appropriate connecting factor in relation to a natural person. He made clear that Working Document No 13 did not aim to change any criteria in relation to persons other than natural persons even though the word "habitually" was to be deleted in Article 3(2) of the preliminary draft Convention. He introduced the concept of "principal residence" and saw its advantage in the ease of practical identification in the real world. Since the defendant's forum served to ascertain in which jurisdiction proceedings may be brought against him, he detected a problem with the use of the term "habitual residence" in proceedings brought against a consumer on the basis of Article 7 of the preliminary draft Convention. One could not expect people to give an answer to a question on, for example, a website like 'what is your habitual residence?', because "habitual residence" was not part of ordinary language, but contained a significant judicial element. Contrarily, people could more easily respond to questions like 'what state do you reside in and if you reside in more than one state, what is your principal residence?' These questions expressed in "normal" English would result in a significant gain in clarity for those who answer and reliability for the persons asking. He admitted that he did not know whether there may be some artificiality in the French usage of the proposed terms.

Mr Kovar (United States of America) stated that the issue should be viewed from the position of a pragmatic lawyer or jurist. He did not doubt that "habitual residence" once met the requirements of finding a term in order to avoid the legal construct "domicile" and that it did encourage lawmakers and courts to focus on factual relationships. He stated that since then the term had climbed over the fence of fact and now existed as a term of art itself. Moreover, "habitual residence" had become the critical element for the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. He reminded the delegates of the huge and growing body of court decisions on the question of the "habitual residence" of a child. He pointed out that for the purposes of jurisdiction and enforcement very different considerations had to be taken into account. This Convention would not be dealing with the fate of a child and its parents, which often hinged upon the question of the child's "habitual residence". He feared that the body of law emanating from the 1980 Child Abduction Convention would affect the application of the term in this Convention. He summarised that the underlying idea of the proposal was to move away from a legal definition towards a new foundation focusing on a factual test.

Mr Dogauchi (Japan) emphasised the point that the use of the term "habitual residence" would inevitably be affected by its application in other conventions. He concluded that the term was too vulnerable to be noted in a convention on civil matters. He further noted that if the proposal in Working Document No 13 were accepted, further adjustments in Articles 7, 8 and 10 would be needed.

Mr Thue (Norway) supported the proposal and regretted that the notion "habitual residence" had turned out to be an unfortunate invention of the Hague Conference. He pointed out that "habitual residence" had in some parts been interpreted the same way as "domicile" and that it had also become a choice of law criteria. He therefore saw a risk that courts would be very restrictive as to "habitual residence" and that in some areas a choice of law criteria would be applied to jurisdiction. In his opinion the term "residence" was sufficient for the purposes of this Convention.

Procès-verbal/Minutes No 3

Ms Kurucz (Hungary) explained that the use of the term "habitual residence" within the Hungarian Act on Private International Law was opposed to the concept of "domicile" and was defined as residence for a longer period of time without the intent of settling down. The interpretation of "habitual residence" in the 1980 Child Abduction Convention differed from the understanding in national Hungarian law. However, by asking for the centre of a person's life, this interpretation contained a certain intentional element, which to her was an important consideration, that did not become apparent in proposals brought about in discussions during the Edinburgh meeting. She held both the variant in the preliminary draft Convention and the proposal in Working Document No 13 to be acceptable, since they both contained connecting factors that did not confine themselves solely to time period considerations.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) took a view on Working Document No 13 from a common law perspective and mentioned that the term "habitual residence" had already accumulated a mass of case law. He pointed out, though, that the notion of "residence" was not free of the same kind of legal encumbrance and that it was a legal notion as well as "domicile". He stated that "residence" in many countries had the limited meaning of mere "presence" as a component part of "domicile". Further, "residence" constituted only an element interpreting "domicile" in the Brussels Convention. From this he concluded that "residence" itself carried very little weight when determining a relevant connection. In this light the proposed text in Working Document No 13 would not be easy to read and would require considerable explanation. It would have to be made clear that a "residence" could be maintained in two States, that "residence" was something other than in common law understanding and that "residence" was more than mere "presence".

The comparative exercise involved in the use of the notion "principal residence" could create substantial work for judges trying to assess the centre of a person's life, whereas he indicated that the simple case of a person employed in State A having his family in State B did not yet impose a difficult decision.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed his support for Working Document No 13. He noted that the use of "habitual residence" in the 1980 Child Abduction Convention had not led to uniform interpretation. Since the notion comprised a combination of intent and time residence, some jurisdictions put emphasis on one or the other integral component. The second problem with "habitual residence" concerned the different views you could have towards the question if one could have more than one "habitual residence". This is where he saw the beauty of Working Document No 13: by introducing the notion of "principal residence", it became clear that a person could have more than one "residence". He considered a further advantage of "residence" the fact that it turned on criteria other than intention and period of time. In a civil and commercial context it should be easy to determine and readily available to the defendant where he could be sued. To Mr Beaumont this became clear in the wording of Working Document No 13. He did not observe as many difficulties as Mr McClean had suggested. He noted in particular that "residence" was clearly more than "presence", recalling that only the connecting factor "residence" could be sufficient to make a person liable to taxation. Finally, he concluded that the proposal in Working Document No 13 would facilitate litigation due to fewer interpretation difficulties.

Mr Nielsen (Denmark) agreed with Mr McClean that the concepts of "residence" and "principal residence" were just as legalistic and formalistic as "habitual residence". He questioned whether it was necessary to have a strict definition in the Convention.

As to the question of double residence, he preferred the solution that the plaintiff in those cases should be able to choose where to sue the defendant just as is the case with legal persons. In any case he rejected the use of the concept of "domicile", which, being too national a concept, could not serve as a harmonising concept, desirable for the purposes of an international convention.

Mr Wagner (Germany) questioned whether the proposal set forth in Working Document No 13 created more problems than it could solve. The new proposal introduced two expressions, "residence" and "principal residence", that would both require interpretation. He asked the drafters of the proposal to consider the application of "principal residence" in a case in which a businessman spends seven months in State A and five in State B.

He detected an even more complicated issue in the term "residence" coming close to the term "temporary residence" as listed in the black list of Article 18 of the preliminary draft Convention.

Mrs Passia (Greece) found it difficult to universally define "residence". She warned that instead of an autonomous interpretation courts would apply the term "residence" by their own understanding, which would lead to numerous interpretations. She drew attention to the problem that "residence", when broadly interpreted, could lead to an undesirable forum shopping on behalf of the defendant.

Mme Bourgeois (France) indique qu'elle rejoint la position des pays qui ont exprimé des doutes à l'égard de ce Document de travail. Elle réitère l'observation selon laquelle la multiplication des tribunaux compétents engendre le risque de favoriser le *forum shopping*. Elle craint que la recherche du nid du défendeur n'aboutisse à la création d'un nid de contentieux. En outre, elle juge totalement inacceptable la mention figurant au paragraphe 2 *b) ii)* de l'article 3, tel que proposé dans le Document de travail No 13.

Mr Kovar (United States of America), referring to the model cases presented by Mr McClean and Mr Wagner, said that these cases illuminated the necessity of the proposal. Stating that these cases were not easy to solve under application of the term "habitual residence", he noted that the proposed introduction of "principal residence" and the possibility of double "residence" created the possibility of an easily balanced decision between two possible fora and at the same time offered an escape in case of an equal balance.

He stressed that it was important that definitions under this Convention should not be linked to other Conventions. In particular, with respect to the term "habitual residence", it would not be a good result if this Convention had unintended consequences for the application of the 1980 Child Abduction Convention.

Mme Paniagua (Mexique) précise que le Mexique entend réserver sa position à l'égard de la proposition formulée dans le Document de travail No 13. Elle estime que le critère de la résidence principale n'est pas le plus approprié car il signifierait que serait retenu un lieu où la personne ne passe pas la majeure partie de son temps. Elle exprime une préférence pour la résidence habituelle ou, à défaut, pour la résidence permanente.

Mme Rouchaud (Commission européenne) indique qu'à titre personnel, elle perçoit plusieurs avantages dans cette proposition. En particulier, le Document de travail No 13 a, selon elle, le mérite d'introduire une hiérarchie entre les divers fors, ce qui limite les risques liés à leur multiplication.

Elle note en effet que le paragraphe 2 doit être lu en cascade. Il convient ainsi de distinguer la subdivision relative à la résidence unique de celle envisageant le cas d'une pluralité de lieux de vie. Dans ce dernier cas de figure, Mme Rouchaud estime que l'individu concerné a bien une « résidence principale », même s'il se déplace fréquemment, car il a nécessairement un foyer, un lieu où vit sa famille et où se trouve la majeure partie de ses biens. Elle considère que la situation envisagée dans le paragraphe 2 *b) ii)* est un cas d'école. Selon elle, il sera rare qu'« une personne n'[ait] pas de résidence principale dans aucun État ». D'autre part, elle met en avant les liens qui existent entre l'article 3, relatif au for du défendeur, et d'autres dispositions de l'avant-projet de Convention, notamment sous les lettres *f)* et *i)* de l'article 18. Dans le même esprit, elle rappelle que la notion de résidence habituelle peut aussi générer des difficultés quant aux chefs de compétence concernant les consommateurs et les travailleurs. Enfin, elle estime que les motifs donnés pour contester le caractère adéquat de la notion de résidence habituelle ne sont pas convaincants. À partir de l'expérience issue de la mise en œuvre de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, elle avance deux arguments en sa faveur. D'une part, elle observe que l'usage du critère de la résidence habituelle a été fait dans cet instrument, alors qu'il traite de questions extra-patrimoniales. D'autre part, elle relève que, même en ce qui concerne le commerce électronique, cet usage n'a posé aucun problème. En conclusion, elle exprime le vœu que ce critère, à la fois connu et aisément pratiqué, soit conservé.

Mr Liew (Republic of Korea) reported that Korea had only recently introduced the term "habitual residence" as a major connecting factor for conflict of law issues into its domestic private international law. He regretted that he had not become familiar with the term "principal residence" before. However, he asked the drafters of Working Document No 13 whether the term "residence" could operate as a strong connecting factor in the future, since the word itself did not convey this impression.

He also expressed his concern towards the structure of the proposed amendment which seemed to contain a somewhat tautological definition of "residence" in paragraph 2. He finally stated that his position towards Working Document No 13 was reserved.

Mr Thue (Norway) concluded that it was justifiable, if a plaintiff could choose among two fora in the case where a natural person defendant had two equal resident places. There would be no conflict with the underlying rationale of the defendant forum rule being to spare him from inconvenient proceedings, if the defendant was equally capable of defending his case in either forum.

Mr Bennett (Australia) opposed two arguments which had been presented in favour of the proposal set forth in Working Document No 13. As to the simplicity argument, he responded that the term "residence" was equally as artificial as "habitual residence". Considering the problem of importing the "baggage" from the 1980 Child Abduction Convention, he noted that the courts had been interpreting "habitual residence" in a broad sense to the benefit of the abductee. He then raised the question that if the term "residence" was meant to offer a broader understanding than "habitual residence", then why did it matter that one would be importing the broader interpretation of "habitual residence" from the Child Abduction Convention for use in this Convention.

Mme Vidal Lopes (Portugal) souligne les nombreux problèmes posés par la proposition qui est contenue dans le Document de travail No 13. Elle se prononce en faveur du critère de la résidence habituelle.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) laid emphasis on the distinction between the defendant's forum as required basis of jurisdiction and the grounds for prohibited jurisdiction. He argued that while "habitual residence" would serve as a comfortable counterpart to "temporary residence" in Article 18 of the preliminary draft Convention, the word "principal" would not be of any help in this context. Moreover, the distinction between "residence" and "temporary residence" would become very narrow.

He further pointed out that the proposed mechanism would create multiple fora in case no "principal residence" could be determined. Contrarily, if no "habitual residence" could be found, there would be no jurisdiction under this provision. He said he would rather reduce the number of jurisdictions than multiply them.

Ms Sabo (Canada) appreciated the efforts Working Document No 13 made in order to prevent the Convention from being encumbered with the "baggage" of the "habitual residence" concept of the 1980 Child Abduction Convention. She noted however that even the notion of "principal residence", which in effect meant "domicile", carried "baggage". She did not feel inclined to support the change at present, although she would take it into consideration.

M. Droz (expert consultant) fait observer que la notion de résidence habituelle a jusqu'à présent été envisagée à titre de chef de compétence, mais qu'elle joue également un rôle important quant au champ d'application des règles de compétence interdites. Il note que si une simple résidence permet de contourner de telles compétences, il existe un risque de manipulations et de déplacement dans le seul but de se mettre à l'abri.

M. Bucher (Suisse) met en évidence un nouvel aspect de la question, en ce qui concerne le commerce électronique. Il rappelle qu'il est très important pour le commerçant de localiser le consommateur. Or, à l'occasion des transactions via Internet, le seul moyen d'y parvenir est d'interroger le consommateur lui-même. La réponse qu'il apportera conditionnera d'ailleurs la bonne foi du professionnel. M. Bucher soulève alors le problème du contenu de la question qui doit être posée à cette fin. Il considère que peu de personnes savent en pratique quelle est leur résidence habituelle. Il observe que la notion donne déjà lieu à bien des débats, voire des controverses, auprès des spécialistes. Il estime qu'en revanche, la question et la réponse seraient plus aisées à formuler en cas d'usage de la notion de domicile de fait, correspondant au lieu où la personne vit.

Mr Beaumont (United Kingdom) doubted whether the notion "habitual residence" was capable of uniform interpretation. He raised the question whether one should adopt a legal term that had caused 20 years of extensive case law under the 1980 Child Abduction Convention. He stated that a term such as "residence" had better chances to lead to uniform interpretation than "habitual residence". He admitted that it would be necessary to make a clear distinction between "residence" and "temporary residence". This could possibly be outlined within Article 3 of the Convention.

He did not see any need to exaggerate the problem caused by the difficult cases, in which a person is resident in more than one State. The default provision in Article 3, paragraph 2 *b) ii)*, of the proposed version would only apply if a "principal residence" could not be detected. The application of the notion of "habitual residence" in these cases would

Procès-verbal/Minutes No 3

create even larger problems bearing in mind the diverse case law in different countries. It also became clear from case law how quickly even adults and not only children could change their "habitual residence".

He concluded that one should not hold on to a cherished concept just for the sake of it. Instead, he favoured a new concept to be used within a global context.

Mr Nielsen (Denmark) remarked that, with respect to e-commerce, neither the question 'where is your habitual residence?' nor 'where is your residence?' would appear on websites. The question instead would be 'what is your address?'. One way or the other, it would be up to the judge and not to the consumer to apply a legal concept.

Mr Kovar (United States of America) added three points. Firstly, he agreed that it was the judges who decided on legal definitions. That was why the proposal had been made. Secondly, he found it curious that the provision on "temporary residence" was opposed to the defendant's forum and questioned whether it dealt with the same problem. He noted that either side would have to deal with Article 18 in any case. Thirdly, he countered Mr McClean's argument, stating that it would be better to have jurisdiction in two places than in none.

The Chair stated that he did not hear any objection to the conferring of jurisdiction on the defendant's forum as such. The discussion had been revolving around the use of either the term "residence" or "habitual residence". From this he concluded that consensus existed that jurisdiction on the defendant's forum was acceptable, yet it possibly needed to be redefined.

He further noted that the proposal in Working Document No 13 set up – with a small exception – the same wording as did the preliminary draft Convention, so that there was no argument there.

He indicated that there was no consensus with respect to the use of "habitual residence" or some other definition. He suggested that the delegations that drafted Working Document No 13 might like to rethink their proposal in order to see if any other formulation was generally acceptable. The item could then be discussed the next afternoon.

Mr Kovar (United States of America) remarked that he did not detect any point where both approaches could be conjoined.

The Chair noted that the only possibility left open then was to arrange for more time to deal with this question.

The meeting was closed at 6.00 p.m.

Procès-verbal No 4
Minutes No 4

Séance du vendredi 8 juin 2001 (matin)

Meeting of Friday 8 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.30 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair opened the meeting by outlining the agenda for the day. He suggested that the Commission should deal first with disputes relating to activities of branches, agencies and establishments and then move on to disputes relating to contracts. With regard to the latter, he stated that it would be important to inform all delegations of the progress that had been made during the series of informal meetings that had taken place since October 1999. A working group would convene in the late afternoon to examine more in detail the issue of disputes relating to contracts and activities related to contracts. He then asked the meeting to wish the Delegate of Germany, Ms Andrea Schulz, a happy birthday.

Mr Nygh (co-Reporter) introduced the discussion on disputes relating to activities of branches, agencies and establishments by indicating that the relevant provision in the preliminary draft Convention of 1999 was Article 9, which also contained bracketed language referring to jurisdiction based on activity of the defendant. He also invited the Commission to consider the Report of the preliminary draft Convention at paragraphs 126 to 134. He noted that Working Document No 14 introduced by Belarus proposed the removal of the brackets in Article 9 of the preliminary draft Convention of 1999. Since the last meeting of the Special Commission, attention seemed to have moved away from the introduction of a specific jurisdictional rule based on the activity of the defendant in Article 9 and to concentrate more on the introduction of activity based jurisdiction in the general provisions dealing with contracts and torts. In this respect the bracketed language in Article 9 seemed to have lost some of its relevance.

Mr Nygh went on to say that the basic idea behind Article 9 was well known in many countries and did not seem to be controversial. There was a great deal of commonality between the jurisdictions even though in common law countries, the existence of a branch or an agency was deemed to confer general jurisdiction to the court, whereas under the Convention, Article 9 created only specific jurisdiction. He referred however to the various Reciprocal Enforcement of Judgments schemes adopted in common law countries, noting that under these schemes, jurisdiction based on the presence of a branch was usually only recognised at the enforcement stage if the claims asserted related directly to the activities of the branch.

Mr Nygh drew the attention of the meeting to paragraph 128 of the Report, where it was explained that a subsidiary would not be regarded as falling within the definition of "branch,

agency or other establishment" as long as it was maintained as a separate and distinct entity. He explained further that a subsidiary might however attract jurisdiction over the defendant when it acted as an agent of the defendant, even when technically it constituted a separate legal body. He referred in that respect to Working Document No 12 introduced by the United States of America and Japan.

He further noted that while in most common law jurisdictions, the existence of a branch or an agency conferred general jurisdiction, the exercise of such a jurisdiction under the Convention would in his opinion be limited to cases where the dispute was directly related to the activities concerned. He referred to Article 18(2) *e)* of the preliminary draft Convention, which in his view would curtail the exercise of jurisdiction provided by some national laws.

Finally, Mr Nygh mentioned that even though the bracketed language in Article 9 of the preliminary draft Convention seemed to have been taken over by subsequent events, the idea behind the words was still very relevant and would need to be discussed in relation with other provisions.

The Chair observed that the bracketed language in Article 9 of the preliminary draft Convention certainly remained in the text at the moment. He noted that it would be necessary to come back to these words once other provisions had been discussed. The idea behind these words seemed however to have found its way into other provisions.

Ms Nickerson (United States of America) explained that the bracketed language in Article 9 of the preliminary draft Convention should not be considered obsolete, even though the idea of jurisdiction rules based on the activity of the defendant in the forum would be addressed in other provisions, namely those relating to actions in torts and in contracts.

The Chair confirmed this view and asked the meeting to consider Working Documents Nos 12 (United States of America and Japan) and 14 (Belarus).

Ms Nickerson (United States of America) introduced Working Document No 12 by explaining that Article 9 of the preliminary draft Convention left some uncertainty as to whether it applied to subsidiaries. Consultation with interested parties had shown furthermore that the explanation provided in the Report on this issue was not sufficient to alleviate the uncertainty. Working Document No 12 therefore incorporates some of the language of the Report of the preliminary draft Convention under Article 9, so as to make it perfectly clear that this provision did not grant jurisdiction with regard to subsidiaries, except in the unusual case that the entity acted as an agent of the shareholder or otherwise failed to remain separate and distinct from the shareholder. She reserved the right to come back at a later stage to the issue of the relationship between this provision and Article 18.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) explained that the language used in Working Document No 12, and in particular the reference to the "shareholders", could give rise to serious difficulties.

Mr Trooboff (United States of America) responded to the previous comment and explained that under "shareholders" as mentioned in Article 9, as modified by Working Document No 12, one had to understand the shareholders of the subsidiary. He acknowledged however that the precise language may need to be looked at. He also explained that Japan, which co-sponsored Working Document No 12, reserved its position on the bracketed language in Article 9 of the preliminary draft Convention.

Mr Wagner (Germany) observed that the new language suggested by Working Document No 12 introduced the difficult concept of "piercing the corporate veil". He also noted that as a general rule, a corporation could not be held liable for the acts of its subsidiary. If the Convention were to include an exception to this rule, the exception should be narrowly and clearly drafted. He further observed that the wording of Working Document No 12 raised several questions. It remained unclear for example when a subsidiary could be deemed to act as an agent, or when a subsidiary had failed to act as a separate and distinct legal entity. He finally asked that examples and cases be provided to illustrate the changes that Working Document No 12 would introduce in Article 9.

Mr Beaton (United Kingdom) agreed with the comments made by the Delegate of Germany and expressed misgivings about the language introduced by Working Document No 12. He stated that it would be necessary for the sponsors of this Document to provide further explanations on the scope of their initiative. He also noted that the text suffered from some ambiguity, which made it difficult to understand how it would be applied in practice. Finally he reserved his position on the issue of piercing the corporate veil.

Mr Hu (China) thanked the delegations of Japan and the United States of America for the work they put into Working Document No 12. He appreciated and shared their concern for a clear definition of the language used in Article 9. While supporting in principle the introduction of definitions, he expressed reservations however as to the wording used in Working Document No 12, noting that the concepts of "branch" and "agency" could be interpreted differently according to the jurisdiction. He noted that before introducing a reference in the Convention to the concept of piercing the corporate veil there should be wide consultations of experts in the field of corporate law, and he reserved the right to come back later to the issue after such consultations.

Mr Bennett (Australia) expressed firm support for the proposal made in Working Document No 12, noting that it was never wise to assume that lawyers were aware of the fine distinctions implicit in a text. In this respect a definition such as that provided for in Working Document No 12 would be a welcome addition to the Convention. He further gave some examples to illustrate the application of the two exceptions provided in Working Document No 12, noting that in these cases, it was only just that the existence of a subsidiary created jurisdiction. He noted in particular that the second exception corresponded to the modern doctrine of piercing the corporate veil. A clause of this kind was necessary to grant jurisdiction when the legal entity was only a sham subsidiary. Finally, he noted that the proposal would probably need some redrafting.

Mr Shimizu (Japan) explained that the proposal made in Working Document No 12 was not meant to alter the scope of Article 9 as found in the preliminary draft Convention. He emphasised that this provision needed clarification and that a definition could be most helpful in this respect. He finally suggested that there was a consensus in the meeting to accept the proposal, even if reservations were made as to the drafting.

Mr Liew (Republic of Korea) thanked the Delegate of Japan for his very helpful comments. He noted that Working Document No 12 had two primary purposes: on the one hand, it would help clarify the meaning of Article 9. In this respect it could only be approved of. On the other hand Working Document No 12 also touched on the delicate issue of piercing the corporate veil. He then drew a parallel with the case law under the *Hague Convention of 15 November 1965 on the*

Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters to explain that the introduction of the concept of piercing the corporate veil could give rise to abuses. He also expressed concern about the drafting of Working Document No 12.

Mr Philip (Denmark) agreed with the need to clarify the scope of Article 9 of the preliminary draft Convention but expressed reservations concerning the exceptions introduced by Working Document No 12. As to the agency exception, he asked if this rule could be applicable to a foreign agent, when he was completely independent from the company. He noted that the second exception needed to be further limited to be acceptable and that it would not be prudent to incorporate the doctrine of piercing the corporate veil in the Convention. He also observed that the word "otherwise" was ambiguous, since the mere fact that an entity acted as an agent did not mean per se that it had failed to remain separate and distinct. Finally, he observed that the provision suggested in the Working Document, while acceptable at least for the first part, needed to be redrafted.

Mme Bourgeois (France) estime qu'il serait nécessaire de disposer d'une traduction en français du Document de travail No 12. En l'absence des éclaircissements qu'apporterait une telle traduction, elle rejoint les délégations ayant exprimé des réserves à l'égard de cette proposition.

M. Bucher (Suisse) comprend bien l'idée de départ soutenant le Document de travail No 12. Pour autant, il estime que ce texte ne résout rien. Il se demande quel sens exact donner au terme «*separately*». En effet, si ce problème est résolu *a contrario* par la première phrase, la précision qui est donnée dans la deuxième phrase, à savoir «*unless it is acting as an agent*», est circulaire. Tout simplement, le terme «*agency*» ne s'appliquerait pas pour désigner une entité qui n'agit pas en tant qu'agent. Il est dit dans cette seconde phrase que les termes «*branch, agent or any other establishment*» ne s'appliquent pas si l'entité «*separately incorporated*» n'a pas réussi à rester séparée. Cela revient donc à définir «séparé» par «séparé», ce qui n'a pas de sens. M. Bucher pense que si l'agent peut être défini, il sera en revanche très difficile de donner une définition de l'entité distincte et séparée. Il termine en soulignant que toutes ces notions devraient être définies mais que la tâche dépasse sûrement les moyens de la Commission.

The Chair inquired whether other delegations wished to comment on Working Document No 12.

Ms Schulz (Germany) wished to add another element to the discussion of Working Document No 12. She observed that the Report of the preliminary draft Convention explained that the preliminary draft Convention did not define the concept of "agency". At the same time, the Report made it clear that the existence of an agency required at least a fixed place of business. Working Document No 12 introduced the new concept of "agent", which was slightly broader and suggested that Article 9 could also be applied without there being any fixed place of business. She questioned the need to broaden the scope of this provision, and warned in particular against granting jurisdiction on the mere basis of the existence of a travelling salesman.

The Chair noted that delegations had not made any comments on the original Article 9 as found in the preliminary draft Convention. He assumed that there was a general consensus on the need for a provision along the same lines as Article 9, while at the same time reserving the issue of the bracketed language. He then noted that the issue facing the Commission was whether to add a definition in the provision itself or to leave the matter to be taken care of in the Report. If a definition were deemed to be useful, then the Commission would have to consider whether the text suggested in Working Document No 12 was acceptable. He invited further comments on these questions and asked whether it would be useful to work further on the language of the proposal.

Ms Nickerson (United States of America) thanked all the delegations for the useful comments and suggestions they had made on Working Document No 12. She reminded the meeting that this Document was only meant to encompass some of the ideas put forward in the Report of the preliminary draft Convention, not to introduce new concepts.

Mr Trooboff (United States of America) observed that the original Article 9 as found in the preliminary draft Convention was not acceptable as such because it left too much uncertainty on the issue of subsidiaries. He also welcomed further work and negotiations on the language of the addition suggested in Working Document No 12.

The Chair noted that there was no consensus on the addition suggested in Working Document No 12. He further doubted whether there was a consensus on the original wording of Article 9 as found in the preliminary draft Convention. He invited the delegations to further work together on this issue and noted that the difficulties facing the Commission were not of a fundamental nature.

Mr Trooboff (United States of America) reminded the meeting that Japan was a co-sponsor of Working Document No 12. He welcomed the creation of a new working group to resolve this issue.

The Chair invited the delegations that had expressed views on the issue to get together with a view to resolve the difficulties that had arisen.

Ms Nickerson (United States of America) suggested a time and a place for the meeting of a working group on this issue.

The Chair invited the meeting to move to the issue of disputes relating to contracts and activities related to contracts. He asked the delegations that had participated in the informal meetings to share with the other delegations their insights concerning the informal discussions that had taken place. He further asked the delegations to underline during the discussion the issues they deemed relevant and to make suggestions accordingly. He finally reminded the meeting that a working group on contracts would be convened later in the afternoon.

M. Pocar (co-Rapporteur) rappelle que la question du for contractuel a déjà fait l'objet de longues discussions en Commission spéciale et dans le cadre des réunions informelles. Le texte concerné est l'article 6 de l'avant-projet auquel le Rapport fait référence aux paragraphes 97 à 105. Il y a lieu de tenir compte également des commentaires contenus dans le Document préliminaire No 14. Le Document préliminaire No 15, faisant état des travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999, doit aussi être considéré, en particulier son annexe I. Il souligne qu'il serait plus sage pour l'instant de limiter la discussion aux contrats entre professionnels, même si l'ordre du jour prévoit que soient abordés les contrats entre un professionnel et un consommateur et les contrats de travail.

M. Pocar souhaite situer brièvement l'état de la discussion. À cet égard, il lui semble que l'utilité d'un for contractuel n'est pas vraiment discutée. En revanche, la question reste ouverte de savoir si la prévision d'un for en cette matière devrait se faire au moyen d'un rattachement faisant référence à des circonstances spécifiques du contrat, tel que le lieu

d'exécution, comme c'est le cas à l'article 6 de l'avant-projet. Il se demande alors si cette disposition est applicable à tous les contrats ou à certains contrats seulement.

Une autre option possible est celle d'un for contractuel se fondant sur l'activité déployée par le défendeur, à laquelle un ou plusieurs contrats sont liés. Le *forum contractus* serait alors situé au lieu de cette activité. Cette dernière ne consiste pas en la seule exécution du contrat, mais vise toute activité se rattachant au contrat. Selon M. Pocar, il faudrait alors définir le caractère et l'intensité nécessaire de l'activité pour fonder une compétence en matière contractuelle. Cette dernière option l'invite à conclure qu'il serait difficile de limiter le champ d'application de cette règle de compétence à certains contrats seulement dans la mesure où la notion d'activité tend à se référer à l'ensemble de la matière contractuelle.

À côté de ces deux options, en l'état actuel, une ultime possibilité est celle d'une combinaison de ces deux approches. Cette direction est celle qu'adopte l'annexe I du Document préliminaire No 15. Il invite à un débat sur ce point.

The Chair invited the meeting to comment on the issue under discussion.

The Secretary General informed the meeting that, as all documents used during the informal negotiation process had been drafted in English, the Permanent Bureau had taken the initiative to provide a French translation of Annex I of Preliminary Document No 15. He noted that the translation should not be considered to be definitive but was only the result of an effort undertaken by the Permanent Bureau in good faith.

Ms Renfors (Sweden) wished to inform the meeting of the position of the European Community on the issue of activity based jurisdiction in relation to contracts. She observed that European countries were as a rule not advocating the inclusion in the Convention of rules granting jurisdiction on the basis of the activity of the defendant. Rules of this kind were not part of the various European legal traditions and their vague and unclear wording could make them difficult to apply. Members of the European Community had however actively taken part in the discussions on these rules because of the need to achieve a balanced consensus. She also noted that Member States would continue to participate in the discussions on this issue with a view to finding proper wording for rules of jurisdiction based on the activity of the defendant.

She then noted that it was of the utmost importance that rules such as these be surrounded by appropriate safeguards to ensure a minimum level of certainty and legal predictability and to avoid the multiplication of disputes on the issue of jurisdiction. She observed that the proposals put together during the informal meetings constituted a good and acceptable basis for the discussions and should be the object of further discussions in a constructive spirit. She remarked however that it may be too soon to take a final decision on the matter.

The Chair reminded the meeting that this was a key issue of the negotiations, hence time should be taken to achieve a consensus. He asked the delegations to focus the discussions on the draft language contained in Annex I of Preliminary Document No 15. He further invited the delegations that had been involved in the informal negotiation process to inform the other delegations of the content of the discussions that had taken place since October 1999. He then asked the delegations to express the concerns they had on Article 6 as it appeared in Annex I. Finally he reminded the meeting that a working group would be convened on this issue later in the afternoon.

Mr Brand (United States of America) reminded the meeting that Annex I of Preliminary Document No 15 was the result of informal discussions. He noted that the text of paragraph 1 was similar to that contained in the preliminary draft Convention. This provision was however quite limited and covered only a restricted number of cases, hence the need to insert a provision that went beyond these cases. At the same time, Annex I also aimed to introduce the idea of jurisdiction based on the activity of the defendant. He observed that a rule granting jurisdiction in contractual matters could focus on two connections, on the one hand the connection existing between the court and the claim in dispute and on the other hand the connection between the defendant and the court. The latter was important in view of the constitutional requirement of due process imposed on rules of jurisdiction in certain countries.

Turning to the second paragraph of the provision in Annex I of Preliminary Document No 15, Mr Brand noted that this provision incorporated the idea of a rule of jurisdiction based on the activity of the defendant either in the State or directed into the State. As such, it reflected the concerns for a connection between the forum and the defendant. At the same time, paragraph 2 also ensured that there was a connection between the claim and the forum, since it required that "the claim [be] based on a contract directly related to that activity". It thus carried into it elements of both nexuses. The level of activity necessary to create jurisdiction was defined by the words "frequent" and "significant". These terms qualified the reference to the activity of the defendant. The existence of an activity would only be considered appropriate to found jurisdiction if it reached a certain intensity. Paragraph 2 considered it appropriate to subject a defendant to the jurisdiction of a State in which he was operating frequently. The same was true for a defendant engaging in a single act, provided that the operation was "significant".

Mr Brand also observed that the last part of paragraph 2 required that the claim arise out of the activity performed in the State asserting jurisdiction. The mere existence of an activity was as such not sufficient to create jurisdiction. Paragraph 2 therefore only granted specific and not general jurisdiction. He explained that this qualification would need to be looked at together with the prohibition of certain grounds of jurisdiction in Article 18.

Finally, Mr Brand noted that paragraph 3 as found in Annex I had its roots in the concerns of the electronic commerce community. In the physical world, businesses could determine in which States they wanted to conduct business. This was much more difficult with electronic transactions, hence there was a need for a clause limiting jurisdiction when the defendant had taken reasonable steps to avoid contacts with a specific jurisdiction. He added that the language used in paragraph 3 needed to be further examined to determine whether it was sufficient.

The Chair informed the meeting that Working Document No 20 was also relevant for the present discussion and asked the delegations to provide further explanations on the history of Annex I of Preliminary Document No 15.

Mrs Bariatti (Italy) requested a clarification on the scope of Annex I of Preliminary Document No 15. She wanted to know whether paragraph 1 would be exclusive of paragraph 2, that is, if the latter constituted a general provision while in matters relating to supply of goods or provision of services only the former would apply.

Mr Trooboff (United States of America) replied that paragraph 2 was indeed intended to be a general provision which could be invoked alternatively with paragraph 1 as found in

Procès-verbal/Minutes No 4

Annex I. He then explained that the proposal contained in Working Document No 20 attempted to merge the two ideas, whereas they were kept separate, for purposes of clarity, in Annex I of Preliminary Document No 15. He also reminded the meeting of the need to avoid confusion in the terminology, in particular in relation to the concepts of general and special jurisdiction.

Mr Dogauchi (Japan) observed that a problem existed with regard to jurisdiction relating to loan contracts. Under Article 6 as found in the preliminary draft Convention, the obligation to pay money did not create jurisdiction. This question had however led to some uncertainty among Japanese lawyers. He suggested therefore that the exclusion of the place of payment in paragraph 4 as found in Annex I of Preliminary Document No 15 only applied to jurisdiction granted by paragraph 2 of the same Annex and not to paragraph 1.

Mr Beaumont (United Kingdom) encouraged the delegation of Switzerland to introduce Working Document No 20.

M. Bucher (Suisse) situe d'abord l'esprit de la proposition de la délégation de la Suisse exposée dans le Document de travail No 20. Cet esprit, auquel se référait déjà M. Pocar (co-Rapporteur) au début du débat, consiste en un rapprochement des différentes positions, sans lequel la Convention ne pourrait aboutir. Il souligne que les réunions informelles ont travaillé dans cet esprit, mais qu'elles n'ont pas pu achever le processus. À cet égard, il précise que la proposition suisse n'est pas parfaite non plus, mais qu'elle tente de faire un pas supplémentaire dans cette direction.

M. Bucher expose les différentes positions qui peuvent être adoptées sur la compétence en matière contractuelle. Ainsi, aux États-Unis d'Amérique, la règle de principe est qu'une compétence doit être fondée sur l'activité du défendeur dans l'État du for. Il explique cela par le fait que si une personne exerce une activité sur un marché elle est censée avoir accepté la compétence des tribunaux liés à ce marché.

L'approche européenne est différente. Ainsi dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'accent est mis sur le lieu d'exécution des obligations contractuelles. Traduit dans le langage américain, cela signifie que l'activité déterminante est l'exécution du contrat. Bien que le champ d'application d'une telle disposition soit beaucoup plus restreint, M. Bucher juge qu'il n'y a pas d'opposition fondamentale, sur ce point, entre la conception américaine et la conception européenne. Selon lui, le souci majeur doit être celui d'une règle précise afin d'éviter des fors artificiels ou n'entretenant qu'un lien très faible avec le litige, d'autant que le for contractuel appartiendrait à la liste blanche.

M. Bucher adopte comme point de départ de son raisonnement la règle de compétence dégagée en matière contractuelle par le Groupe de travail d'Édimbourg (Doc. prél. No 15, annexe I). Il précise que le paragraphe premier ne fait que reprendre l'article 6 de l'avant-projet de Convention, tandis que le paragraphe 2 introduit un for contractuel fondé sur l'activité du défendeur. Quant aux paragraphes 3 et 4, ils formulent des exceptions à l'application des paragraphes précédents.

Cela étant précisé, M. Bucher remarque que si les paragraphes premier et 2 ont une origine culturelle différente, cela n'empêche pas qu'ils soient appliqués alternativement, voire, cumulativement. Il prend ainsi l'exemple de la livraison de marchandises qui constitue une activité au sens du paragraphe 2, mais permet également de fonder la compétence du juge désigné par le paragraphe premier.

M. Bucher doute cependant que l'ordre des paragraphes premier et 2 soit le bon, dans la mesure où le champ d'application du paragraphe 2 est plus large que celui du paragraphe premier. C'est pourquoi, outre quelques détails de rédaction d'importance mineure, la délégation de la Suisse a formulé une proposition dans laquelle la disposition équivalant au paragraphe 2 figure en tête (Doc. trav. No 20).

Il fait également remarquer que la proposition de la délégation de la Suisse innove dans le paragraphe 2, en donnant une définition de certains éléments de la règle générale. Il rappelle que dans l'avant-projet de Convention, les termes l'État « dans lequel le défendeur a exercé par d'autres moyens une activité commerciale habituelle », adoptés entre crochets à l'article 9, n'ont fait l'objet d'aucune définition. Or, il ne fait pas de doute pour M. Bucher qu'à défaut d'une telle définition, la Convention ne pourrait être acceptée au niveau mondial. Il juge donc essentiel de définir ces éléments mieux que par le passé. Dans les travaux de la réunion informelle tenue à Édimbourg, cela s'est traduit par l'adjonction des termes « activité fréquente ou activités importantes » (Doc. prél. No 15, annexe I). Dans la proposition soumise par la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 20), le paragraphe 2 de l'article 6 définit les trois catégories d'activités auxquelles se réfère le paragraphe premier. Ainsi, la lettre *a)* du paragraphe 2 définit la promotion comme étant la promotion de l'activité commerciale en général du défendeur et non du seul contrat litigieux. Quant à la négociation, il fait remarquer que ce terme figure entre crochets dans le Document préliminaire No 15, son sens restant incertain pour de nombreuses délégations. En revanche, le Document de travail No 20 propose à la lettre *b)* du paragraphe 2 une définition de la négociation, laquelle implique la présence du défendeur dans l'État du for. Enfin, l'activité tendant à l'exécution est définie par la lettre *c)* du paragraphe 2 (Doc. trav. No 20) qui reprend le paragraphe premier du Document préliminaire No 15, annexe I, et l'article 6, lettres *a)* et *b)*, de l'avant-projet de Convention. Cette lettre *c)* constitue une illustration des principales hypothèses dans lesquelles l'activité consiste en l'exécution du contrat. M. Bucher précise toutefois que l'hypothèse du contrat portant à la fois sur la fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de service, réglée par l'article 6 de l'avant-projet de Convention, a été abandonnée dans la proposition soumise par la délégation de la Suisse.

M. Bucher souligne enfin que l'exigence posée à la lettre *c)* du paragraphe 2 de l'article 6 du Document de travail No 20, selon laquelle les objets mobiliers corporels doivent avoir été fournis « en tout ou en partie significative », a été précisée pour répondre aux préoccupations d'ordre constitutionnel des États-Unis d'Amérique.

Il poursuit par l'explication du paragraphe 3 de article 6 du Document de travail No 20, qui pose une exception à l'application des paragraphes précédents. Ainsi, le défendeur ne peut être considéré comme exerçant une activité lorsqu'il a entrepris des démarches pour éviter la conclusion d'un contrat dans un État déterminé. À titre d'exemple, M. Bucher cite le domaine électronique. Le paragraphe 3 *b)* vise l'hypothèse dans laquelle la seule activité réside dans le paiement d'une somme d'argent, ce qui d'après M. Bucher, n'est pas suffisant pour fonder une compétence contractuelle. Il précise, en revanche, que si le paiement était complété par une autre activité, les paragraphes premier et 2 pourraient recevoir application. Il termine son intervention en reconnaissant qu'un débat dans le détail est nécessaire.

The Chair thanked Professor Bucher for his considerable efforts in clarifying the issue of jurisdiction in contracts.

Mr Bennett (Australia) suggested removing the brackets in paragraph 4 as found in Annex I of Preliminary Document No 15. He argued that the place of payment of money was of very little significance for the attribution of jurisdiction, even though it may constitute the principal obligation of a party or the principal benefit it gained from a contract. It was therefore important to ensure that this place could not be taken into account for jurisdiction purposes.

Mr Beaumont (United Kingdom) thanked Professor Bucher for his important contribution to the debate on jurisdiction in contractual matters and in particular as chairman of the Working Group on Contracts during the informal discussions. He noted that Working Document No 20 constituted a very helpful synthesis of the traditional European and American approaches to jurisdiction. He added that he looked forward to further discussions of these issues in the Working Group.

Mr Brand (United States of America) also thanked Professor Bucher for Working Document No 20. He wished to make two comments about the Document. The first concerned paragraph 2 of Article 6 as suggested in the Document. He noted that it might prove too restrictive to break down the possible activities of the defendant into three different categories if jurisdiction was to be allocated on the basis of these activities. Further reflection was needed on this issue to examine whether a sufficient number of cases would be covered.

As far as paragraph 3 *b)* of Working Document No 20 was concerned, he noted that the idea that the place of payment should not be considered for jurisdiction purposes was unknown in countries where jurisdiction was allocated on the basis of the activity of the defendant. While recognising that there was a need to exclude the place of payment as a factor in a provision following the European model, he questioned the need for such an exclusion in a model based on the activity of the defendant. The payment of money could indeed then be considered as an activity of the defendant like any other.

Mr Trooboff (United States of America) noted a significant difference between Article 6, as suggested in Working Document No 20, and the same provision in Annex I of Preliminary Document No 15. While the former only considered the place where the defendant has "engaged" in certain activities, the latter also gave jurisdiction to the court of a State when the defendant had "directed" such activity into that State. He wished to know the rationale, if any, behind this discrepancy.

M. Bucher (Suisse) signale que deux éléments de réponse peuvent être apportés. En premier lieu, il considère que le terme «intentionnellement» n'est pas indispensable, voire superflu, ce qui explique l'exclusion de ce terme dans la proposition soumise par la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 20).

En second lieu, M. Bucher s'explique sur la suppression dans le Document de travail No 20 des termes «l'État vers lequel le défendeur a dirigé son activité» pour fonder une compétence en matière contractuelle sur le territoire de cet État. Il concède ne pas être foncièrement opposé à cette précision, mais ne lui reconnaît aucune nécessité logique dès lors que la direction d'une activité vers un État entraîne nécessairement l'exercice de cette activité dans cet État.

Mme Bourgeois (France) voudrait livrer une première réaction sur la proposition de la délégation de la Suisse. Elle s'avoue attentive à la préoccupation américaine de fonder une compétence contractuelle sur l'activité du défendeur dans un État donné. Néanmoins, elle considère que le projet suisse procède à une interversion trop radicale entre les deux conceptions du for contractuel dans la mesure où le lieu d'exécution n'est plus qu'une simple modalité du lieu de l'activité.

Ms Fassberg (Israel) raised a question regarding Article 6(2) *b)* of Working Document No 20. She wished to know why jurisdiction could only be allocated on the basis of the negotiation of a contract in the forum if the defendant had not only participated in the negotiations but was also present in the forum.

M Bucher (Suisse) fait part de son hésitation à ouvrir trop largement le for de l'activité. Ainsi, il estime que le simple fait de conduire des pourparlers ou de négocier à distance ne constitue pas une activité suffisante pour conduire à un tribunal dès lors que le défendeur n'est pas présent dans le for. Quant aux réticences soulevées par la France, M. Bucher reconnaît comprendre ces réticences, même s'il avoue s'être progressivement familiarisé avec l'idée exprimée à maintes reprises d'un for contractuel fondé sur l'activité du défendeur. Il termine en expliquant qu'à partir du moment où le paragraphe premier de l'annexe I du Document préliminaire No 15 vise une situation plus restreinte que le paragraphe 2, il serait logique de faire passer la règle générale en tête.

Mr van der Velden (Netherlands) inquired whether account had sufficiently been taken of the specific needs of transactions involving electronic commerce in Working Document No 20, in particular in view of the fact that Article 6(1) as found in this Document did not grant jurisdiction on the basis that the defendant has directed a certain activity into the forum.

Mr Brand (United States of America) observed that the reference in Article 6(2), as found in Annex I of Preliminary Document No 15, to the concept of an activity directed to a State had been taken over from similar language appearing in the recent European Regulation revising the 1968 Brussels Convention (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000). Article 15 of the Regulation referred to a contract concluded with a person who "[...] by any means, directs such activities to that Member State [...]". He further noted that this clause was far from being superfluous but on the contrary could prove quite useful. He finally remarked that if Working Document No 20 gave the impression of focusing exclusively on the activities of the defendant to the detriment of the place of performance of the contract, this matter could be addressed in the drafting of the provision.

The Chair thanked all delegations for the comments made on the various proposals, which would prove helpful for the Working Group convening on this issue.

M. Tell (Commission européenne) souhaite s'associer à l'évolution du débat, la question étant sensible pour la Commission européenne. Par ailleurs, il fait savoir qu'au niveau communautaire, il sera procédé à des évaluations du travail accompli par la Commission II.

M. Tell souligne la nécessité d'un texte équilibré et posant des règles de compétence prévisibles. Il remarque que le for contractuel défini au paragraphe premier de l'annexe I du Document préliminaire No 15, est encore plus restreint que celui que prévoit le Règlement européen Bruxelles I, dans la mesure où le premier ne désigne que le lieu de la livraison des biens et non le tribunal du lieu où la livraison aurait dû être effectuée. Il observe que sur cette disposition a été greffé le for de l'activité. Or, poursuit-il, il y a une différence de champ d'application entre ces deux dispositions dès lors que le for de l'activité concerne l'intégralité de la relation contractuelle, depuis les pourparlers jusqu'à l'exécution. Pour cette raison, il estime qu'un déséquilibre est introduit

Procès-verbal/Minutes No 4

entre ces deux fors. Ainsi dans le cadre d'une relation entre entreprises, il fait remarquer qu'une entreprise pourrait plus rapidement assigner son adversaire devant son propre for en se fondant sur le for de l'activité. Pour cette raison, il estime qu'il s'agit d'une question qui demande réflexion. Il fait part de son souci de défendre la prévisibilité et se demande si à cet égard il est opportun d'élargir le *forum contractus* au risque de revenir aux errements du passé. Il estime nécessaire que les deux fors contractuels soient davantage équilibrés.

À l'égard de la proposition suisse (Doc. trav. No 20), il considère que l'exécution ne constitue plus qu'une modalité ou une composante de l'activité et non pas un facteur rattachement en lui-même. Par ailleurs, il souligne que le for de l'obligation principale visé par le paragraphe *c)* de l'article 6 de l'avant-projet de Convention a disparu dans la proposition soumise par la délégation de la Suisse.

Toujours sur cette proposition, il émet un doute à l'égard de l'exonération du défendeur telle qu'elle est prévue par l'article 6, paragraphe 3, lettre *a)*. Il craint en effet que cette exception revête une trop grande portée.

Dans l'hypothèse enfin où un juge américain serait saisi d'un litige entre des entreprises japonaise et allemande, aux motifs que la livraison de pneus aux États-Unis d'Amérique n'était pas conforme, il se demande si le juge saisi accepterait d'exercer sa compétence. Réciproquement, il se demande si une telle décision pourrait être reconnue aux États-Unis. Il s'interroge sur la coordination du for de l'exécution et du for de l'activité et souhaite que l'ensemble de ces questions soient envisagées dans le cadre du Groupe de travail.

The Chair inquired whether the delegation of the United States of America wished to answer the question put by the previous speaker.

Mr Trooboff (United States of America) agreed to answer and stated that if a French company delivered tyres to the United States of America, and the delivery appeared to be incomplete, this would not prevent an American court from taking jurisdiction on the basis of the delivery on American territory, which would be considered to constitute a sufficient level of activity. He added that further reflection was however needed on the implications of Working Document No 20 for the requirement of due process.

The Chair inquired whether a delegate of the United States of America would be willing to provide a short explanation of the concept of due process, and its role in the theory of jurisdiction, for the enlightenment of the Working Group meeting in the afternoon.

Mr Wagner (Germany) observed that the issue being discussed was one of the key issues of the Convention. He also thanked Professor Bucher for Working Document No 20. He noted that one of the overriding concerns of the meeting should be to draft clear rules of jurisdiction, which did not leave any doubt as to their practical application. This was in particular important to avoid disagreements at the recognition stage between the court of origin and the court addressed on the issue of the jurisdiction of the former. He then expressed concerns about the meaning of some of the terms used in Annex I of Preliminary Document No 15, in particular the reference to "significant" and "frequent" activities. He asked that examples be provided to illustrate how these concepts would be applied in practice. If it would prove too difficult to define these concepts, he advised the meeting to draft a list of certain activities that would be deemed not to be relevant for jurisdiction purposes. He referred for example to the sending of a facsimile.

Finally, he reminded the meeting of the mixed nature of the Convention that was contemplated. With this in mind, the meeting should not strive to achieve a consensus on every issue especially if this came at the price of clarity and predictability of the rules. If consensus proved too difficult to reach, it would be wiser to leave the matter to national law ("grey" area).

Mr Kovar (United States of America) agreed with the suggestion of the Delegate of Germany concerning the nature of the Convention and the need not to be overly ambitious. He asked the meeting to look at Article 6 as part of a greater whole, in which a balance could be achieved with other provisions, in particular the list of jurisdiction rules whose exercise the Convention would prohibit. Finally, he reminded the meeting that rules of jurisdiction based on the activity of the defendant constituted an integral part of the American legal system. In that respect it would be difficult to ratify the Convention if it did not contain any reference to the activity of the defendant. Any prohibition of rules based on such activity would need to be paired with a recognition of jurisdiction derived from a certain level of activity.

The Chair informed the meeting that it would reconvene in the afternoon and consider Working Documents Nos 16 (Denmark) and 24 (Informal Working Group on Anti-trust) on the scope of the Convention, Working Documents Nos 17 (Denmark), 18 (United Kingdom) and 21 (United Kingdom and Switzerland) on choice of court clauses and also Working Documents Nos 19 (Informal Working Group on Article 5) and 23 (United Kingdom) on appearance of the defendant.

The Secretary General informed the meeting of practical arrangements being made for Working Groups. He stressed that for the sake of transparency, these groups would be open to all delegates. He further asked the leaders of the various groups to announce during the Plenary Sessions the list of the members participating in the discussions.

Mr Trooboff (United States of America) reminded the meeting that all the delegates wishing to further discuss the issue of jurisdiction over branches and subsidiaries were invited to attend the meeting of the Working Group created to that effect.

The Secretary General reminded the meeting that the Swedish Ambassador would welcome the delegations tonight for a reception at his residence. He also thanked the Ambassador for his kind hospitality.

Ms Renfors (Sweden) added that she hoped that all delegates would be able to attend the reception.

Procès-verbal No 5

Minutes No 5

Séance du vendredi 8 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Friday 8 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.20 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair announced that the Working Group on Contracts would meet after the tea break. It would be open to all of the delegates. He further explained that if any observers wished to take part they should approach the chairperson of the group, Ms Sabo (Canada).

The Chair then invited the meeting to return to the issues on which discussion had not yet been completed.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that there were two Working Documents on Article 1. The first, No 16 (Denmark), dealt with clarification of the term "administrative matters" and the reorganisation of paragraphs 1 and 3. The second, No 24 (Informal Working Group on Anti-trust), sought to clarify what was meant by "anti-trust".

He suggested that they be treated in succession since they dealt with very distinct issues.

Mr Philip (Denmark) stated that Working Document No 16 came about as a result of the discussion on administrative matters. The first amendment was minor in nature and involved the addition of the word, "other" before "administrative matters". This would therefore make clear that all the categories referred to were in fact administrative matters.

The second amendment was the addition of a new third sentence to paragraph 1. This was an attempt at a definition of "administrative matters". He explained that two Latin terms had been used to try to distinguish between situations where a State was acting in a regulatory capacity and those where it was acting as a commercial / private person. He suggested that the definition would facilitate better understanding of some of the subsequent exclusions and could possibly lead to the deletion of paragraph 3.

The Chair proposed that the meeting look initially at the addition of the word "other". He asked whether there were any objections to the amendment. He noted that there were not. He then invited the meeting to consider the third sentence.

Mr Herrup (United States of America) stated that the Danish proposal was very welcome but he added that he had some reservations, in particular as to the effect it would have on the structure of the Article as a whole. He suggested that more time be devoted to seeing how the amendment would fit in. He further noted that while there was general acceptance on what the term "administrative matters" should mean, he had some hesitations as to whether it was appropriate to describe the term using public international law concepts which themselves were not the subject of complete agreement. He expressed a preference for the approach adopted in the Report of the preliminary draft Convention, which listed specific criteria. He added that he would prefer such criteria to be included in a definition section of the Convention or indeed be added to substantive articles. However, he wished to see how the debate on the structure of the Convention developed before deciding on this.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that in principle he agreed that it was a good idea to incorporate paragraph 3 into paragraph 1. He noted that Article 1 of the preliminary draft Convention had been drafted using the passive form. The proposal in Working Document No 16 was different. He suggested that if paragraph 3 were to be incorporated into paragraph 1, thought should also be given to incorporating paragraph 4 as well.

M. Bucher (Suisse) note que cette proposition ajoute d'autres questions à celles déjà posées par le texte de l'avant-projet. Selon lui, la locution «*regulatory capacity (jure imperii)*» n'est pas limpide. Il redoute un problème de traduction pour la version française. Il estime que, pour le moins, la formulation devrait être revue. Ainsi, il suggère d'opter pour le terme «souveraineté», qui sied mieux à la notion d'immunité de juridiction. D'autre part, il regrette l'usage du mot «*government*». Il dit lui préférer le terme «État» car le gouvernement est, quant à lui, dépourvu de personnalité juridique: il ne fait que représenter l'État. Surtout, il déplore la précision introduite par «*include*», qui laisse entendre qu'il ne s'agit là que d'une pure illustration. Enfin, il doute que le critère du «*jure imperii*» soit adéquat. En ce sens, il prend l'exemple d'un État qui, ayant procédé à une expropriation, agirait à l'étranger pour revendiquer le bien concerné. Se trouvant en position de demandeur à l'action en justice, l'État aurait renoncé à son immunité et devrait donc être mis au bénéfice de la Convention. M. Bucher souligne ainsi les risques liés aux formules standards. En conclusion, il suggère que cette proposition soit retenue pour une étude ultérieure, au lieu de faire l'objet d'un examen immédiat, et demande qu'elle ne figure donc pas en tant que telle dans le document qui résultera des travaux de la présente Commission.

The Chair questioned whether Mr Philip would agree with this.

Mr Philip (Denmark) declared that he had nothing against retaining the proposal for further study and drafting. He noted that was also what the Delegate of the United States of America had proposed. He further remarked that he would not respond at the present time to the objections of Mr Bucher.

The Chair stated that he did not understand the interventions of the Delegates of either the United States of America or Switzerland to be totally negative.

Mr Hu (China) stated that he appreciated the efforts of the Delegate of Denmark to try to reduce uncertainty. He noted however that like a previous speaker he considered that there were many implications in employing public international law concepts. He suggested that the proposed new wording might upset the balance already achieved in Article 1. He added that while in an academic context it might be possible to define administrative matters, it should be kept in mind that in public international law no agreement had been reached on how to define a public or private law act of a government or State. He explained that in the United Nations work was in progress to try to find agreement on the issue of State immunity and this involved defining when a sovereign State was acting as a private power. However, no general agreement had been reached on the criteria to define this. For these reasons Mr Hu

stated that his delegation was very cautious about supporting the proposal. Finally, he noted that while the Hague Conference had great expertise in the field of private international law it should exercise caution when dealing with matters of public international law.

Mrs Bariatti (Italy) stated, in response to the Korean proposal, that since it dealt with different issues, paragraph 4 should be kept on its own and not be merged with paragraphs 1 and 3.

The Chair proposed that the Danish proposal in Working Document No 16, in so far as it proposed the addition of a new third sentence, should be kept in mind for further consideration. He then invited the meeting to consider Working Document No 24 (Informal Working Group on Anti-trust).

Mr Bennett (Australia) stated that regretfully the Informal Working Group had not been able to make significant progress and many delegates had argued that there should be consultation with national experts following the end of the meeting. He explained that the main problems were linguistic and related to issues of characterisation. The terms involved carried different meanings in different jurisdictions and legal systems, for example unfair competition and consumer protection. Referring to the footnote in Working Document No 24, he reported that there had been agreement as to which issues should be excluded and which should not. However, no single normative word had been found to achieve the desired result. He noted that a suggestion had been made to use the phrase "acquisition or abuse of market power" but this had been ruled out as it might not include price fixing.

Mr Bennett stated that his personal preference was to have the two lists in the footnote added into the provision.

The Chair questioned whether there were any objections to a formula which placed "anti-trust" in square brackets.

Mr Bennett (Australia) stated that this would not be necessary as there was no controversy about what should be excluded, rather the problem was trying to find words which achieve the desired result. He recommended that there should be a footnote to the provision saying what would be included and what would be excluded.

He continued by saying that another way of dealing with the problem would be to give a detailed explanation in the official Report. However, he regarded this as being sloppy drafting.

The Secretary General asked whether the Informal Working Group had come up with a French version.

Mr Bennett (Australia) replied that the group had not, and that this was an additional reason why further progress could not be made at the present meeting.

Ms Schulz (Germany) suggested that square brackets should be used since there was a certain consensus that further advice had to be sought on this complicated question. She argued that the absence of square brackets might erroneously give the impression that a measure of agreement had already been reached on the substantive issue.

Mr Nygh (co-Reporter) asked whether consensus had been reached that some issues should be excluded.

Mr Bennett (Australia) replied that a consensus had not been reached on this.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that therefore square brackets should be used.

Mr Bennett (Australia) stated that if the entire proposal were to be placed in square brackets a footnote should be added to Article 10(2), since the two were parallel provisions and the exclusion of one would impact on the approach to be taken with the other.

Ms Mithal (United States of America) remarked that, contrary to a view expressed previously, she considered that the Working Group had made progress and the work which remained was a matter of drafting. She noted that while anti-trust claims should be excluded from the scope of the Convention, she agreed that the provision should be placed in square brackets for the time being.

Ms Renfors (Sweden) noted that this was a difficult issue and that the consequences of the wording had to be examined carefully. She stated that this should be done after the present session. She agreed that the provision should be placed in square brackets but she was not sure whether a consensus existed. Finally, she remarked that while the wording had to be examined this would raise matters of substance.

The Chair stated that the only agreement was to place the provision in square brackets.

Mr Philip (Denmark) agreed that square brackets should be used. He further suggested that a footnote be added to explain whether the exclusion should apply to private law actions. He noted that in European Community law, and in other legal systems, there were provisions to the effect that private agreements contrary to anti-trust provisions were, or could be, invalid. In a case where a contract was invalidated as breaching anti-trust rules, the anti-trust exclusion could mean that such a private lawsuit would not be recognised and enforced in other Contracting States. Mr Philip questioned whether this was the intention of the exclusion provision.

M. Bucher (Suisse) note que, selon la délégation de la Suisse, les deux cas d'exclusion, « *anti-trust* » d'une part et « *competition claims* » d'autre part, ne se placent pas au même niveau. Il rappelle qu'il convient de rapprocher la disposition proposée de l'article 10(2) de l'avant-projet de Convention, qui est relatif à l'exclusion des préjudices résultant de pratiques anti-concurrentielles, afin d'éviter des confusions. Il réitère la remarque faite par le Secrétaire général quant à la difficulté de procéder à une étude de la proposition tant qu'aucune version française faisant autorité n'aura été présentée.

Mr Möller (Finland) stated that he shared the same concerns as Mr Philip. He suggested that the provision should be placed in square brackets. He further stated that the example given by Mr Philip should come within the scope of the Convention. Finally, he questioned whether a civil claim in torts would be covered.

Ms Schulz (Germany) stated that unfair competition was not intended to be covered by the exclusion, rather it should be within the scope of the Convention. She accepted that the drafting was misleading and that in European Community law there was a standing expression, "anti-trust and competition" which did not include "unfair competition". She recommended that time be allowed for proper consultation on this issue.

Ms Mithal (United States of America) stated that her initial understanding as to the Danish point was that such a case, a contract action involving a public policy defence that the contract violated anti-trust law, would be included within the scope of the Convention. She further noted that private anti-trust actions were intended to be excluded from the scope of the Convention. She suggested additional clarification could be provided by changing "claims" to "actions".

The Chair asked whether, subject to all the points that had been raised, the words in Working Document No 24 could be placed in square brackets. There was agreement on this point.

Turning to the issue of nuclear liability, the Chair noted that no new proposals had emerged. He asked whether there was agreement to place the nuclear liability exclusion in square brackets.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation was willing to engage on this issue, but it was his belief that the debate had been concluded and that square brackets should simply be added.

The Chair replied that he had thought that there would be further consideration of the language of this exclusion.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that a similar exclusion existed in Article 1(7) of the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. He suggested that it provided a more elegant alternative to "nuclear liability".

Mr Kovar (United States of America) asked why this matter was being re-opened in the absence of any proposals.

The Chair stated that when the issue had first been debated a clear view had not emerged as to whether an exception should be made for nuclear liability.

Mr Kovar (United States of America) replied that during the previous debate he had noted on two occasions that the Chair said that "nuclear liability" should be placed in square brackets.

Ms Renfors (Sweden) reminded the meeting that she had asked for further time for reflection on this issue during the previous debate. She stated that square brackets had been added precisely to allow further discussion of the issue by the meeting.

Ms Terry (Ireland) noted that she had not intervened in the earlier debate because she believed the matter still remained open for discussion. She stated that an essential premise of the Japanese and United States of America proposals in Working Documents Nos 7 and 1 was that it was not reasonable for a State not Party to a specialist nuclear convention to be able to rely upon the tortious bases of jurisdiction of the present instrument. She added that depending on one's perspective, that premise was itself unreasonable. Ireland would like to be able to rely on the tort grounds of the present Convention in respect of nuclear damage. She concluded that her delegation did not support the exclusion of nuclear liability from the scope of the Convention.

Mr Musger (Austria) informed the meeting that Austria is not a Party to any of the nuclear instruments. For that reason it would be disappointing for his State if the Convention did not apply to nuclear liability.

Mr Shimizu (Japan) stated that if there was no consensus on the inclusion of nuclear liability then it should be excluded from the scope of the Convention.

Mme Dennewald (Luxembourg) observe que l'on pourrait retourner le point de vue qui vient d'être exprimé par le Délégué du Japon, en considérant qu'à défaut d'accord, il convient de s'en tenir au texte de la Convention de Paris sur la responsabilité civile pour dommage nucléaire, telle que révisée en 1999. Elle souhaite que la proposition d'exclure cette question soit retenue, en rappelant que le Luxembourg n'est pas signataire de la Convention conclue sous l'égide de l'OCDE.

Mr Rubin (Israel) stated that the issue was adequately dealt with in other specialised conventions and that the present instrument was not the proper place to deal with it.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that his delegation wanted to see the issue excluded from the scope of the Convention. He asked that the provision be placed in square brackets.

Mme Bourgeois (France) indique que la France réitère sa position en faveur du maintien dans le champ d'application de la future Convention de ce qui n'est pas couvert par d'autres instruments internationaux.

Mr Trooboff (United States of America) informed the meeting that there was nothing to be gained in having a roll call of which countries were in favour and which against the exclusion of nuclear liability from the scope of the Convention. He noted that certain States appeared to want the matter included to cover a gap in their legal systems. To this he stated that the Convention could not address all the specialised areas where there might be a gap. Furthermore, he questioned why this specialised area should be dealt with and not others.

Mr Möller (Finland) noted that the matter was excluded from bilateral treaties entered into by his country. He proposed that the provision be placed in square brackets.

M. Tell (Commission européenne) rappelle que ces questions ont déjà été discutées à plusieurs reprises. Il suggère donc de prendre à nouveau connaissance des précédents Documents de travail. Selon lui, si l'exclusion de la responsabilité liée aux dommages nucléaires est envisagée, ce n'est pas dans le but de soustraire du champ de la Convention une matière très spécialisée, comme pour les problèmes relevant du droit maritime, mais parce que les questions considérées sont déjà couvertes par d'autres instruments. Or, il existe néanmoins des hypothèses dans lesquelles ces conventions ne s'appliquent pas. À cet égard, M. Tell note que deux tendances semblent s'opposer: certains pays souhaitent une exclusion totale, y compris en l'absence de textes concurrents, tandis que d'autres préfèrent une clause de déconnexion, telle que celle qui avait été proposée autrefois par la France, qui conduirait à limiter l'exclusion aux cas où le litige est régi par une autre convention. Il formule le souhait qu'un groupe de délégués réfléchisse à une formule permettant de parvenir à une entente.

Mr Musger (Austria) stated, in response to the United States of America intervention, that nuclear issues were highly politicised, therefore he was not in a position to accept the exclusion at present. He too proposed that the provision be placed in square brackets.

Mr Kovar (United States of America) suggested that since the debate seemed to be exhausted the provision should be placed in square brackets.

The Chair concluded that since more reflection was needed the provision should indeed be placed in square brackets. He invited the meeting to turn to a consideration of Article 4.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that there were several Working Documents on choice of forum. He explained that Working Document No 27 (Informal Working Group on Forum Clauses in B2B Contracts) was not a proposal as such but an overview of the key issues, actual proposals were found in Working Documents Nos 17 (Denmark), 18 (United Kingdom) and 21 (United Kingdom and Switzerland).

Procès-verbal/Minutes No 5

Mr Goddard (New Zealand) explained that the Informal Working Group had decided to step back and look at the issues in a way that avoided the language which had hitherto caused confusion, such as substantive validity. He stated that Working Document No 27 set out the issues that might be raised by someone questioning whether a choice of court clause in a business to business contract actually gave rise to jurisdiction in the designated court. The document considered the current draft and then what the Convention should look to in the future.

He noted that questions of formal validity were easy, and substantial changes would not have to be made to the existing Article 4(2) of the preliminary draft Convention. With regard to consent he stated that it was difficult to see what alternative there was to looking to national law. He explained that other rules in relation to the permissibility of forum clauses gave rise to more difficulty. The laws of some States addressed the permissibility of forum clauses in certain classes of contract, others in contracts of certain types of parties. Indeed, there could be other public policy bases for determining effectiveness.

Mr Goddard drew attention to a typographical error in the fourth row, column 2, which should read: "Convention – national law cannot provide for forum clauses entered into by particular classes of party to be invalid". *The amended version is found in Working Document No 28 which replaces Working Document No 27.*

Mr Goddard noted that the group could not resolve the issue of permissibility. He made several points about when a court should decline to give effect to certain types of forum clauses. The broader the scope of challenge, the less effective a provision would be in terms of increasing certainty and reducing costs. A challenge could be made by reference to a Convention standard or by reference to national law. Finally, some regard should be paid to issues of fairness and reasonableness, for example looking at unconscionability.

Mr Nielsen (Denmark) noted that the Danish proposal in Working Document No 17 predated the work of the Informal Working Group, but nevertheless he hoped it provided an answer to most of the questions Working Document No 27 raised. He explained that three changes had been made to Article 4. In paragraph 1 a phrase had been inserted to clarify under which conditions a chosen court would have jurisdiction, namely if it had subject matter jurisdiction.

Paragraph 3 dealt with the question of the substantive validity of a jurisdiction agreement, stating that it would be determined by the applicable law as designated by the private international law rules of the forum. He noted that the more difficult issue was determining the scope of substantive validity. He stated that it was the view of his delegation that it included reasonableness and lack of consent, including fraud, duress and incapacity.

As regards the permissibility of forum clauses, paragraph 4 stated that parties could not be deprived of the right to enter into such agreements. This would make clear that national law could not restrict the application of the Convention. However, this would still be subject to the limits in Articles 7, 8 and 12.

Mr Hartley (United Kingdom) stated that he agreed with the objectives of the Danish proposal but not with its drafting. While he was happy with the addition to paragraph 1, he explained that the United Kingdom proposal in Working Document No 18 was aimed at ensuring that the reference to national law was more tightly worded. In his view the Danish interpretation of substantive validity was too wide. He stated that his concern was with regard to reasonableness since he feared the Danish draft might unintentionally allow jurisdiction clauses in franchise agreements to be challenged.

Mr Beaton (United Kingdom) noted that Working Document No 21 was a successor to the earlier Swiss proposal on the same topic. He explained that the phrase "or confirmed" had been deleted from the chapeau since it could not refer to sub-paragraphs *c)* and *d)*. Sub-paragraph *a)* had been revised using the formulation that had been employed in sub-paragraph *b)* as found in the preliminary draft Convention. The drafting of sub-paragraph *b)* was entirely new and sought to take modern methods of communication into account.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that his delegation was happy with the way in which Working Document No 27 presented the issue of permissibility, but suggested that there should be no further reference to national law on any of these matters. He accepted that agreement on this would be difficult and proposed that any compromise be as narrow as possible so that choice of court agreements could not be routinely disregarded.

The Chair asked whether it might be possible to get a composite document including all of the suggestions with regard to Article 4.

M. Bucher (Suisse) dit ne pas être convaincu par le Document de travail No 17, présenté par la délégation du Danemark. S'il comprend le premier élément («*provided they have subject matter jurisdiction*»), il entend réserver sa position quant à la modification proposée pour le paragraphe 3 de l'article 4, en ce qui concerne les conditions de validité au fond de la clause d'élection de for. D'autre part, il relève une redondance dans le paragraphe 4 proposé : la formule «*the parties cannot be deprived of the right to enter into agreements*» comporte une double négation qui lui semble superflue et qui pourrait, selon lui, être remplacée par «*the parties may agree*». De même, le Document de travail No 18, qui contient la proposition du Royaume-Uni quant au défaut de consentement, ne satisfait pas totalement M. Bucher. Il considère que les formulations qui ont été retenues manquent de limpidité. Le domaine couvert par les règles de droit national ne lui paraît pas clairement délimité. À toutes fins utiles, il rappelle que la Cour de justice des Communautés européennes a élaboré une riche jurisprudence à ce sujet. Puis, il observe qu'il est parfois difficile de dissocier les conditions de fond des conditions de forme. À cet égard, il cite une ancienne jurisprudence suisse, qui impose un certain formalisme pour la rédaction des clauses attributives de juridiction : caractères gras, encadrés, etc. M. Bucher note que ces exigences de présentation correspondent néanmoins à des conditions de fond, puisque, à défaut de les respecter, le cocontractant n'est pas censé avoir consenti en pleine connaissance de cause et la validité de la clause est alors remise en question. La proposition faite par le Royaume-Uni lui paraît donc intéressante, mais d'une portée trop large.

Mr Möller (Finland) stated that he agreed in substance with Working Document No 17, however he accepted that there could be drafting improvements. He suggested that the United Kingdom proposal was too narrow.

Mr Musger (Austria) suggested that discussion should start with the policies set out in Working Document No 27.

The Chair stated that the issue would be reconsidered on Monday morning. He then asked whether Working Document No 21 could be accepted.

Mr Kovar (United States of America) stated that the drafting in sub-paragraph *b)* was too terse and the language in sub-paragraph *a)* should be repeated.

The Chair noted that there were no objections to this.

The meeting was closed at 4.10 p.m.

Procès-verbal No 6
Minutes No 6

Séance du samedi 9 juin 2001 (matin)

Meeting of Saturday 9 June 2001 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 40 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

Le Président détaille l'ordre du jour qui devrait porter sur les délits et les chefs de compétence interdits.

The Chair expressed his gratitude to the Ambassador of Sweden, the Swedish Government and the delegation of Sweden for the outstanding reception given the evening before. He then gave the floor to Mr Pocar, who would introduce the first item.

M. Pocar (co-Rapporteur) rappelle que la matière des délits est réglée par l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale en son article 10, lequel est commenté dans le Rapport sur l'avant-projet aux paragraphes 135 à 149. Il précise qu'il serait également opportun d'avoir sous les yeux le Document préliminaire No 15, et plus particulièrement l'annexe II, qui constitue le fruit du travail élaboré par la réunion informelle d'Édimbourg. Il ajoute enfin que les propositions des États constituent aussi une base sur laquelle il conviendra de réfléchir.

M. Pocar remarque que la matière des délits donne naissance à plusieurs problèmes. Il note que la règle générale retenue dans l'avant-projet de Convention repose sur l'alternative entre le for du lieu de l'acte ou de l'omission, d'une part, et d'autre part, le for du lieu des effets directs de cet acte ou de cette omission. Ce second for voit sa compétence limitée dans un paragraphe 2 par une clause de prévisibilité dont l'application doit être prouvée par le défendeur. Quant au Document préliminaire No 15, annexe II, la règle générale est enrichie d'un paragraphe supplémentaire fondé sur une idée tout à fait différente qui est celle d'un for délictuel reposant sur l'activité importante ou fréquente du défendeur dans l'État du juge saisi. La formule employée par cette annexe II est proche de celle utilisée par l'annexe I du même Document préliminaire No 15 en matière contractuelle, même si au cours de débats menés à Édimbourg il est apparu que le for de l'activité en matière délictuelle donnerait lieu à une compétence moins étendue. Comme il a déjà été dit pour les contrats, M. Pocar pense que face à une règle rigide d'origine continentale et une règle plus large fondée sur l'activité, les différentes approches possibles sont soit celle d'une combinaison des deux règles, soit celle de leur séparation, comme c'est le cas dans le Document préliminaire No 15, annexe II. Il souligne que la difficulté de cette dernière approche réside dans la coordination des deux dispositions. Néanmoins, M. Pocar remarque que le for de l'activité se rapproche en réalité de celui de l'acte ou de l'omission qui constitue en soi une activité.

M. Pocar poursuit par la présentation des autres problèmes que pose la règle générale en matière de délit. Ainsi, dans l'avant-projet est posée la question de l'exclusion des pratiques anti-concurrentielles du domaine d'application de l'article 10(1) *b)*. M. Pocar se demande s'il faut maintenir une telle exclusion compte tenu du fait qu'elle avait été insérée dans le but d'empêcher qu'une pluralité d'actions ne soit portée en différents lieux alors qu'elles se rapportent au même comportement délictuel. Or, il souligne à cet égard que la concentration des compétences peut être assurée par d'autres dispositions comme les articles 3 et 14 de l'avant-projet. Par ailleurs, M. Pocar rappelle que curieusement cette question n'avait pas fait l'objet d'un débat devant la Commission spéciale.

Il poursuit par l'évocation du problème très sensible des délits commis via Internet. Il estime que le test de prévisibilité est d'une application délicate à ces délits.

M. Pocar souligne également la difficulté que soulève la question de la compétence préventive fondée sur la réalisation prévisible d'un dommage, tel que cela est prévu par l'article 10(3) de l'avant-projet. En matière électronique, notamment, il estime que cette règle de compétence pourrait être interprétée trop largement. Il s'interroge donc sur l'opportunité de maintenir une telle disposition.

Il termine en proposant de concentrer la discussion sur la règle générale d'abord et d'aborder ensuite les différents problèmes auxquels son application donne lieu.

The Chair noted that Working Document No 8 (Japan) proposed the deletion of Article 10(3) of the preliminary draft Convention. In order to ease the discussion, he suggested beginning at Article 10(1) of the preliminary draft Convention, where the least disagreement was to be expected.

Mr Kovar (United States of America) said that he looked at Article 10 of the preliminary draft Convention with trepidation. He maintained that it was necessary to undertake an approach with care and thoughtfulness. He remarked that when the work on Article 10 of the preliminary draft Convention had commenced, one had the traditional meaning of the word "torts" in mind, encompassing personal injury, physical injury and wrongful death. In that respect paragraph 1 reflected effectively a formulation that had appeared to represent a broad view. Mr Kovar announced that he would first comment from this standpoint and then talk on the impact of e-commerce.

He drew attention to the question of whether the use of the combined term "tort or delict" in Article 10(1) of the preliminary draft Convention was appropriate, noting that the French translation used only one expression, namely "*action délictuelle*". He expressed his concerns especially with respect to the word "delict", which was not commonly used or well known in American law. He understood that the term "delict" could be applied to a situation where a person subject

to a criminal case had been confronted with a civil tort action within the same proceedings. Reflecting upon this, he stated that the addition of the term "delict" might create some unintended consequences. He indicated that his delegation was inclined to delete the term.

He then focused on the foreseeability limitation set forth in Article 10(1) *b)* of the preliminary draft Convention. He noted that this had been worked out in an effort to address the United States of America fairness limitation on jurisdiction that arose out of the Due Process Clause of the United States Constitution. He said that the causal link and actual act of the defendant may be so far removed that jurisdiction on the grounds of paragraph 1 *b)* proved unfair. He was concerned that the foreseeability limitation might not stand the constitutional test in the United States of America and that the United States Supreme Court would thus analyse the standard as unacceptable.

He indicated that in his delegation's opinion paragraph 1 was in another sense not broad enough. He considered that it was necessary to introduce a provision for activity based jurisdiction as set forth in Annex II of Preliminary Document No 15 into the rule on jurisdiction for torts. To illustrate this, he gave the example of a foreign manufactured hunting rifle sold in the United States of America that exploded while the hunter was on an expedition in Canada. Cases like these would not be covered by the standard set out in paragraph 1 of Article 10 of the preliminary draft Convention.

Mr Kovar then moved to comment on Article 10 in light of the emergence of e-commerce. He pointed out that litigation interests one would not necessarily anticipate in a "traditional" tort situation suddenly became an issue due to the fact that the notion of place and territoriality had changed. He reported on contrary views that varied from an insistence on applying the principle as drafted to a call for an entire rethinking. He mentioned that his delegation at this point did not yet know how to reconcile the interests that had been asserted. He expressed his hope that some of the governments would address the issues for the sake of useful debates and that the observers for non-governmental organisations would help the delegates to look at the novel questions related to tort jurisdiction.

The Chair stressed that the e-commerce aspect had to be thoroughly examined. He asked whether a separate discussion should be carried out or if the comments on e-commerce should be made in relation to paragraph 1 of Article 10 of the preliminary draft Convention.

Mr Kovar (United States of America) suggested first discussing paragraph 1 of Article 10 of the preliminary draft Convention from a traditional standpoint, then moving on to a brief discussion on activity based jurisdiction and finally conferring on the e-commerce issue.

The Chair asked for comments on paragraph 1 of Article 10 as it was set out in Annex II of Preliminary Document No 15, also with respect to the particular issue on use of the wording "delict".

Mr Beaton (United Kingdom) countered Mr Kovar's remark on the use of the term "delict" by saying that he did not see any difficulties in finding equivalents in each language to an interlingual concept negotiated for the purpose of an international convention. He then directed the attention to the substantive question, whether the use of the word "delict" might connote other than civil and commercial issues. He reminded the delegates that the Convention was only dealing with civil and commercial matters and thus excluded criminal acts. To his reading the Convention would not be applicable to criminal cases, even if they dealt with civil liability.

He stated that those who were present at the discussions in Edinburgh had realised that the text needed further exploration, since there were problems with paragraph 1 of Article 10 of the preliminary draft Convention. Mr Beaton did not only detect policy issues but also legal issues and suggested referring these to working groups. He thought that a debate on substantive questions would not be fruitful at this stage.

The Chair noted that a new Working Document No 31 (Switzerland) had been composed, which also dealt with torts. Reference could be made to this document within the ongoing discussion.

M. Rovelli (Italie) souhaiterait clarifier le problème linguistique soulevé par les États-Unis d'Amérique. Il rappelle que l'origine étymologique du mot « délit » vient du droit romain à partir duquel chaque système a par la suite élaboré différents principes. Il s'ensuit que, selon lui, le terme « délit » ne constitue pas un problème en soit dans la mesure où il ne revêt pas une dimension pénale. Il ajoute à propos du dommage prévisible que celui-ci ne soulève d'interrogations qu'en tant que facteur de rattachement, dès lors qu'ensuite il revient à chaque droit matériel de dire s'il admet ou non l'indemnisation d'un tel dommage.

Mr Kovar (United States of America) appreciated the responses on the question of "delict". He wondered whether it was possible in civil law countries to obtain criminal jurisdiction on an individual and then civilly sue without establishing separably civil jurisdiction, *i.e.*, whether under the Convention one could receive civil damages based on criminal jurisdiction, when the civil jurisdiction otherwise would be on the "black list".

The Chair remarked that no written propositions had been made with respect to the controversy that had arisen and asked whether this was an appropriate approach.

Mr Trooboff (United States of America) answered that his delegation deferred from preparing a Working Document because it hoped that a discussion would be sufficient. He viewed the issue as a substantive concern and not just as a working problem, since the simple limitation to civil and commercial matters would not alone present a satisfactory solution.

Mr Bucher (Suisse) estime qu'il s'agit là d'une question importante qui ne devrait pas être renvoyée à des débats ultérieurs. Il pense que la compétence d'un tribunal saisi d'une action pénale peut être fondée sur l'article 10, mais reconnaît que ce ne sera pas toujours le cas et que cette compétence pourrait découler d'une autre règle ne figurant dans la liste blanche. Il convient, selon lui, de ne pas interférer avec les systèmes nationaux qui connaissent la possibilité de joindre une action civile à une action pénale. Il précise, par ailleurs, que la question sera souvent résolue par le simple fait que le chef de compétence sur lequel le tribunal a été saisi de l'action pénale appartiendra à la zone grise de l'article 17 de l'avant-projet. Pour lui, la seule question qui se pose est de savoir s'il y a des compétences pénales figurant sur la liste noire, auquel cas la jonction d'une action civile se réaliserait sur le fondement d'un for interdit. Il termine en disant que dans l'hypothèse où de telles compétences pénales ne pourraient être interdites, il y aurait lieu de songer à l'introduction d'une exception dont il conviendrait de parler dans le cadre de l'article 18.

Mr Nygh (co-Reporter) drew attention to the fact that the question had already been dealt with in the Report of the preliminary draft Convention, at paragraph 27. He read aloud footnote 14.

Mr Dogauchi (Japan) supported the deletion of the word "delict" from the text, since the notion was unknown to Japanese law and the deletion would contribute to clarity.

He expressed his concern regarding two points: One was related to the question of distinguishing an indirect from a direct injury. He requested a concrete example in the Report to illustrate what damages fall under "injury" according to Article 10(1) *b)* of the preliminary draft Convention. Secondly, he asked for an explanation with respect to the foreseeability test in this provision, since he was not sure under what circumstances the notion could be of any help.

Ms Renfors (Sweden) reminded the delegates that the notion "tort and delict" already existed in the Brussels Convention and had never caused any problems there. With regard to the substantial issue of civil claims brought against the defendant within criminal cases, she said that the "black list" would apply because it would otherwise be circumvented.

Mr Musger (Austria) countered that Ms Renfors had pointed out the right policy: Article 18 of the preliminary draft Convention should apply but it was not clear whether it really did. He proposed to insert a clarification within the text of Article 18.

Mr Kovar (United States of America) mentioned that the problems with the adhesion procedure were an issue, which was not resolved by footnote 14 of the Report of the preliminary draft Convention. He indicated that his reading of the preliminary draft Convention was in line with the opinion of Ms Renfors and that it maybe reflected the best policy. He suggested however that one should first ensure a consensus on the policy before undertaking the necessary clarifications in the text.

Mr Hu (China) supported the notion to delete the word "delict" in Article 10 of the preliminary draft Convention, mentioning that there was no equivalent in Chinese. As to civil liability claims raised in criminal proceedings he agreed that Article 18 of the Convention should apply.

Mr Beaton (United Kingdom) answered the question of the right policy raised by Mr Kovar. To him it appeared clear that everybody did not want a "white list" jurisdiction to be assumed in case a criminal court dealt with a civil matter within the scope of the Convention. He questioned whether this consensus needed to be reflected in the text of Article 18 of the preliminary draft Convention or if the reading of Article 18 was not clear enough.

He remarked that the word "delict" so far had never caused any problems. He did not see any necessity to delete it. To him, the issue being purely linguistic was after all not important. The substantial underlying matter was the problem of criminal courts deciding on civil liability cases.

The Chair suggested discussing this item within the context of Article 18 of the preliminary draft Convention. He asked whether it could be agreed that paragraph 1 of Article 10 of the preliminary draft Convention was acceptable subject to further discussion on the Swiss proposal in Working Document No 31.

Mr Kovar (United States of America) agreed to go on to the foreseeability requirement and the e-commerce topic, reminding the delegates that they had been discussing one drafting and one substantive issue regarding the word "delict".

The Chair urged the delegates to keep to a short discussion on the activity provision and gave the floor to Mr Bucher.

M. Bucher (Suisse) présente la proposition de la délégation de la Suisse figurant dans le Document de travail No 31. Il explique que la philosophie inspirant cette proposition est proche de celle déjà présentée par la même délégation à propos des contrats (Doc. trav. No 20) puisque qu'il s'agit dans les deux cas de réconcilier les conceptions divergentes défendues par les différentes délégations afin d'aboutir à un texte acceptable pour tous. Il expose que l'article 10(1) *a)* de la proposition de la Suisse ne fait que reprendre l'article 10(1) *a)* du Document préliminaire No 15 en son annexe II, avec toutefois une légère modification concernant la version française dans un souci d'alignement sur le texte rédigé en anglais. Il fait remarquer, cependant, que sa réflexion a davantage porté sur le paragraphe 2 de ce dernier texte, qui introduit un for délictuel fondé sur l'activité exercée par le défendeur dans le for. À propos de cette disposition, il souligne que les termes « fréquente » ou « importante », qui se réfèrent à l'activité, n'ont guère de sens en matière délictuelle. Il estime qu'il revient au droit matériel applicable de déterminer si l'acte est pertinent ou non pour engager la responsabilité de son auteur. Il étend cette remarque au terme « intentionnellement » qu'il juge sans intérêt dans ce contexte.

Quant à l'activité elle-même et au lien requis entre l'action et l'activité, M. Bucher se demande si l'activité exercée sur un marché par l'introduction d'un produit défectueux peut créer un for sur ce marché alors que le dommage est survenu dans un pays tiers. Il pense que la proposition américaine donne une réponse positive à cette question, mais qu'il pourrait également en être ainsi dans la tradition juridique continentale. En effet, il explique que le fait d'introduire un produit défectueux peut constituer un acte délictuel faisant partie de la chaîne causale conduisant au dommage. Pour cette raison, il lui semble que la lettre *a)* de l'article 10 permettrait de fonder la compétence d'un for dans le pays du marché. Il en déduit que l'adoption du critère de l'activité ne constitue pas un danger en soi et c'est ce que propose la délégation de la Suisse, en des termes plus simples, dans le Document de travail No 31. Il termine en faisant remarquer que dans le Document préliminaire No 15, le paragraphe 2 de l'article 10 est mal placé, son importance justifiant qu'il soit situé dans le premier paragraphe d'article comme cela est le cas dans la proposition soumise par la délégation de la Suisse.

The Chair reminded the delegates that it was important to move on quickly to the aspect of e-commerce and asked for the last comments on the activity based jurisdiction rule.

Ms Renfors (Sweden) stated that she had on behalf of the European Community expressed her great hesitance towards an activity based jurisdiction rule in an earlier context. She reiterated that hesitation with respect to torts and delicts.

Mme Bourgeois (France) aimerait savoir si la discussion portant sur le for de l'activité en matière de délit est achevée car si ce n'était pas le cas elle aurait des observations à formuler.

Le Président lui répond qu'il souhaiterait simplement que le débat prenne fin dans dix minutes.

Mme Bourgeois (France) estime que la discussion sur le commerce électronique ne doit pas évincer le débat de fond en matière délictuelle, le commerce électronique n'étant finalement qu'une modalité de l'activité. Elle insiste sur le fait que le for de l'activité constitue un risque de blocage pour

Procès-verbal/Minutes No 6

la délégation de la France, qui s'est déjà longuement exprimée sur ce point lors de précédents débats. À l'appui de cette position, elle invoque le fait que ce critère de rattachement est insuffisant, imprécis et entraîne une insécurité juridique très forte. Elle fait valoir que les entreprises françaises, qui pour l'essentiel sont des petites et moyennes entreprises mais réalisant une grand part de l'activité économique, sont inquiétées par la perspective de l'adoption d'un tel critère. Elle craint alors que l'admission de ce facteur de rattachement, loin de favoriser le développement du commerce, n'entraîne un repli économique. Elle s'avoue favorable au compromis et prête à apprivoiser les conceptions étrangères si certaines garanties fondamentales sont données. Or, si cette perspective du for de l'activité lui semble admissible en matière de contrat, il lui semble très difficile de l'admettre en matière délictuelle. Elle juge que d'un point de vue général il s'agit d'un chef de compétence exorbitant, qui à ce titre devrait être exclu de la liste blanche, de la même manière que les autres pays ont renoncé à l'application de leurs propres chefs de compétence exorbitants dans le cadre conventionnel. Elle termine en soulignant l'importance que la délégation de la France attache à cette question.

Mr Wagner (Germany) suggested checking in depth whether the wording of Article 10(1) of the preliminary draft Convention was not sufficient. In particular he was not convinced that there was a gap in the provision with regard to the cases of goods introduced into a foreign market. He referred to the Long Arm Statutes that contained a wording similar to Article 10. To illustrate, he read aloud the Long Arm Statute under the New York Rule. He asked whether there existed decisions in which the introduction of products in the United States of America had not been qualified as a tortious act. An answer could perhaps shed light on whether there was a reason to change the wording in Article 10(1).

Ms Schulz (Allemagne) souhaiterait avoir quelques éclaircissements sur la proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 31), en particulier sur la distinction entre les lettres *a)* et *b)* du paragraphe 1 de l'article 10, qu'il lui semble difficile de faire ressortir si le texte devait être traduit en allemand. Elle perçoit mal la différence existant entre ces deux dispositions dans la mesure où la lettre *a)* se réfère à l'acte ou l'omission sans se référer à la personne, tandis que la lettre *b)* vise la personne qui commet l'acte générateur de responsabilité. Elle suggère que la différence pourrait peut être résider dans le fait que la lettre *b)* vise un acte qui se situe plus en amont dans la chaîne de responsabilité conduisant au dommage. Dans cette perspective, elle s'interroge alors sur l'opportunité d'une telle disposition.

M. Bucher (Suisse) reconnaît qu'il éprouve lui même encore une petite incertitude sur ce point et qu'il est possible qu'il n'y ait pas de différence réelle entre les lettres *a)* et *b)*. Il précise que le souci inspirant la proposition soumise par la délégation de la Suisse est l'adoption d'un langage susceptible d'être compris par tous. Ainsi, il estime que l'introduction sur le marché d'un produit dangereux peut constituer un acte délictuel en tant que tel, de même que la mise sous presse d'un écrit diffamatoire est un élément de la chaîne causale entraînant la responsabilité et que, par conséquent, dans ces deux cas, il existe bien un for selon la lettre *a)*. En d'autres termes, il affirme que toute personne qui, dans la chaîne causale, contribue par son acte à la réalisation du dommage, crée un for selon les lettres *a)* ou *b)*. Il juge qu'il ne s'agit là que d'un problème de vocabulaire et que de la même façon que les pays de tradition juridique de *civil law* ont du mal à comprendre le terme «activité», les États de *common law* éprouvent des difficultés à saisir la notion «d'acte». Il attend donc les observations de la délégation des États-Unis d'Amérique sur la distinction entre les lettres *a)* et *b)* de l'article 10(2) de l'annexe II du Document préliminaire No 15.

Mr Trooboff (United States of America) presented another case that illustrated the need for an activity clause as proposed in Article 10(2) as found in Annex II of Preliminary Document No 15. A manufacturer in Europe delivered FOB manufacturer's warehouse to an independent distributor who himself introduced the products to the American market. The president, vice president and treasurer of the manufacturer came to the United States of America four times a year to plan sales activities, and various salesmen came six times a year. The products were alleged to have violated patents or trademarks or had caused injury to an American party. The cause of action against the manufacturer was then brought in a United States court that assumed constitutionally based jurisdiction. Mr Trooboff said that this case showed that there could be a constitutional ground for jurisdiction even without physical presence but with a significant amount of activity.

Mr Kovar (United States of America) expressed the concerns which his delegation had with Working Document No 31. He outlined the significant differences between the proposals in Annex II of Preliminary Document No 15 and in Working Document No 31. The Swiss proposition omitted the situation where activity was directed into the forum. Moreover, the notion of a claim arising out of an activity was replaced by the connecting factor of causation. This created a situation where sub-paragraph *a)* and sub-paragraph *b)* in Working Document No 31 merged so closely that the activity basis was in danger of disappearing. He stated that a jurisdiction which was in effect only based on a causality analysis did not seem appropriate to the United States legal system.

He then gave an explanation to Mr Wagner's (Germany) question on the Long Arm Statutes in American law. He mentioned that they had lost their importance to some extent since they had been limited by the United States Supreme Court applying the Due Process Clause. He noted that most delegations believed that the competence of United States courts was too far reaching, even though, when dealing with torts, the United States jurisdiction in fact confined itself to narrower limits than elsewhere.

In response to the comment made by Mme Bourgeois (France), he said that he appreciated its clarity and that his delegation would submit a similar statement when the discussion turned to Article 18 of the preliminary draft Convention. He noted that if there remained any irreconcilable policy issues, language on both sides should be moved towards the "grey area".

The Chair indicated that he listed five more interventions before finally moving on to the e-commerce subject.

Le Président demande aux délégations souhaitant encore s'exprimer dans le cadre du débat sur le for de l'activité en matière délictuelle d'être aussi brèves que possible afin de ne pas entamer le temps de discussion qui devra ensuite être consacré au commerce électronique.

Mme Bourgeois (France) renonce à l'intervention précédemment demandée suite aux explications qu'elle a pu obtenir en aparté de la part de la délégation de la Suisse.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that he was not against the introduction of an activity based jurisdiction clause in the Convention, if it really was intended to add a limiting factor to Article 10 of the preliminary draft Convention. He noted, however, that he could not imagine any case where an activity based jurisdiction clause would limit the scope of

Article 10(1) *b)* of the preliminary draft Convention. As to Working Document No 31, he remarked that the seemingly separate, activity based ground for jurisdiction in sub-paragraph *b)* had in effect the same object as sub-paragraph *a)*.

He then raised the question of whether the standard, which the notion "causation" had reached according to national substantive law, could be applied in jurisdictional matters.

M. Bucher (Suisse) souhaiterait réagir sur l'exemple donné par M. Trooboff (États-Unis d'Amérique). Il estime que le cas d'espèce décrit serait couvert par les lettres *a)*, *b)* et *c)* de l'article 10, tel que proposé par la délégation de la Suisse au Document de travail No 31. Il fait remarquer que ce cas est tout à fait pertinent pour illustrer le for de l'activité, mais qu'il pourrait aussi bien entraîner l'application des autres chefs de compétence dans la mesure où l'acte délictuel consistant en l'introduction de produits dangereux sur le territoire d'un pays rentre dans l'hypothèse prévue par la lettre *a)*. Il souligne d'ailleurs que ce rapprochement avait déjà été souligné par les Rapporteurs au paragraphe 141 du Rapport sur l'avant-projet de Convention, où il est précisé que la notion d'acte ou d'omission peut être rapportée à la fabrication du produit, à sa commercialisation ou à sa consommation. Il en déduit que la notion d'acte n'est pas si claire en soi et que la notion d'activité pourrait donc bien être comprise dans la lettre *a)*, ce qui revient à dire que les lettres *a)* et *b)* du Document de travail No 31 sont très proches dans leur mise en œuvre. Il conclut en remarquant que, en fonction de leur tradition juridique, certains comprendront mieux la lettre *a)*, tandis que d'autres seront plus à l'aise avec la formulation employée dans la lettre *b)*.

Mr Wagner (Germany) agreed with Mr Bucher that the case presented by Mr Trooboff could be resolved by the text of the preliminary draft Convention.

Mr Trooboff (United States of America) reminded Mr Wagner and Mr Bucher that the cause of action in his example was not only limited to physical injury but referred to patent and trademark infringements as well.

Mr Brand (United States of America) noted that the proposal in Working Document No 31 took out the substance of what was set forth in Annex II of Preliminary Document No 15 and that it instead added the use of the term "cause", which only gave rise to further problems: It had become clear during the Edinburgh meeting that the notion of "causation" in substantive tort law could vary significantly from State to State. He explained that the introduction of a product was not considered a causal act in substantive tort law in the United States of America. He outlined the unfortunate outcome that some States would assume jurisdiction under Article 10(1) *a)* of the preliminary draft Convention while the other courts would not. This would cause undesirable non-uniformity of interpretation, with a jurisdictional rule having different results in different States.

M. Bucher (Suisse) estime qu'il suffit de lire attentivement le texte du Document de travail No 31 pour bien en saisir la teneur. La première disposition de ce texte figurant dans la lettre *a)* ne fait en pratique que reprendre la lettre *a)* du Document préliminaire No 15, annexe II. Quant à la lettre *b)*, il affirme que le Document de travail No 31 ne fait que supprimer les termes qui ne sont pas nécessaires à la compréhension du texte. Ainsi l'expression « l'action résulte de ces activités » employée dans le Document préliminaire No 15, annexe II, est remplacé par le terme « l'activité ayant causé le dommage » dans le Document de travail No 31. M. Bucher prend note que ce dernier terme peut renvoyer à un concept de droit matériel dont le sens est différent de celui qu'il revêt dans cette proposition. Il précise qu'en français « *arising out of* » signifie « résulter de ». Par ailleurs, il rappelle qu'à l'occasion des travaux d'Édimbourg, il avait été montré que l'expression « résulter de » contenait un élément de causalité recevant une interprétation différente de celle qui est la sienne en droit matériel.

The Chair requested the delegates to devote the rest of their time to the subject of e-commerce.

Mr Kovar (United States of America) introduced the e-commerce subject by recounting how experts had conferred with those delegates who attended both of the meetings in Ottawa and how his delegation had consulted on these issues back in the United States of America. He reported that national courts and national lawmakers had been and still were struggling with the jurisdictional aspect of e-commerce. It had become part of regular case-law development in the United States, the European Community had introduced legislative rules and he was sure that other countries were taking equivalent measures. When a system incited by vast developments was rebuilt, there would always be potential winners and losers. For this reason his delegation wanted to keep its position open at the present stage. He hoped that the delegates and the observers for non-governmental organisations would be able to elucidate the questions e-commerce imposed on jurisdiction.

The Chair invited the delegates and the observers for non-governmental organisations to comment.

Ms Wellbery (Commercial Internet Exchange) expressed the concerns of the Internet Service Providers (ISPs) with regard to Article 10 of the preliminary draft Convention. She feared that the provision would increase the vulnerability of ISPs around the world. In particular she considered the foreseeability test in paragraph 1 *b)* not a helpful limitation in an e-commerce context. Since it was known that information could be downloaded anywhere around the world, it would prove difficult to argue that any particular downloading was not foreseeable. She noted that Article 10 of the preliminary draft Convention went beyond the jurisdictional test in the United States of America, where courts did not assume jurisdiction solely on the grounds of access to a website. The wording added in Article 10(2) as found in Annex II of Preliminary Document No 15 did not establish any relief for an ISP either because one could never argue that information flow on the Internet was not intentional. Paragraph 3 was also ineffectual for an ISP, since it could only be up to the content providers to limit their activity, which was directed into a State.

She then highlighted the recommendations concerning Article 10 that had been set forth in the joint comment issued by AT&T, Cable&Wireless, Commercial Internet Exchange, Computer&Communications Industry Association, Verizon and Yahoo!.

She stated that there was a need for commitment and that everybody would be working hard to achieve a solution.

Mr Waldbaum (Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle) criticised that Article 10 of the preliminary draft Convention had adopted a traditional manner of dealing with tort jurisdiction and that it had not taken into consideration the significant interests of e-commerce. He noted that e-commerce would be endangered if there was not sufficient protection for the ISPs. He then made reference to the proposal issued in Working Document No 32, which reflected the ongoing discussion in the United States of America. He stressed that the proposal did not seek to exclude e-commerce as a whole, but that it contained an exclusion of the ISPs from any recognition or enforcement provisions

under the Convention for the sake of the aforementioned need of protection.

Ms Rose (International Federation of Film Producers Associations) stated that Article 10(1) of the preliminary draft Convention merely reflected the general rule on tort jurisdiction without creating new liabilities or addressing other than jurisdictional issues. She acknowledged that the discussion had been related to torts as a whole and not exclusively to copyright infringements. She suggested that these issues should be given more consideration in informal meetings to come.

Ms Martin-Prat (International Federation of the Phonographic Industry) pointed out that the Convention needed to avoid the mere reinvention of existing grounds for jurisdiction. It should neither establish any impediment to the development of case law nor should a fixed rule for jurisdiction affect evolving substantive tort law. She indicated, however, that the record producers especially had a strong interest in a well elaborated framework with respect to tort jurisdiction and that the organisation she represented was therefore not opposed to a future Convention, which carefully considered the concerns that had been raised.

Ms Perlmutter (International Chamber of Commerce) stated that the rules in Article 10 of the preliminary draft Convention had been set up in the context of the traditional physical world and that they lost their clarity once they were applied within an IT environment. She requested sufficient time before the next stage of the Diplomatic Session, since the difficult issues of tort jurisdiction in an e-commerce context required a deeper understanding of their underlying nature.

Ms Deutsch (International Trademark Association) reiterated that Article 10 of the preliminary draft Convention bore controversial issues with respect to e-commerce. She was concerned that the provision tended to increase the number of lawsuits all over the world instead of providing e-commerce with an increase of certainty.

Mme Rouchaud (Commission européenne), après avoir entendu les observations des nombreuses organisations, affirme que la sécurité juridique est une préoccupation importante dans l'ordre communautaire, comme en font preuve les difficiles négociations qui ont eu lieu pour la rédaction du Règlement européen Bruxelles I et les travaux menés à Ottawa. Elle considère qu'à partir du moment où le commerce électronique n'est qu'un moyen parmi d'autres de faire du commerce, il n'y a pas de raison de le traiter comme une matière différente et la même sécurité juridique doit être exigée dans ce contexte. Comme il a déjà été dit à plusieurs reprises, la Commission européenne procédera à des évaluations communautaires des résultats atteints par la Commission II sur la Convention, or à cet égard elle souligne que la réglementation du commerce électronique constituera un point essentiel.

M. Bucher (Suisse) estime que le temps supplémentaire dont souhaiteraient bénéficier les différentes organisations liées au commerce électronique pour formuler des solutions appropriées constitue une requête excessive. Il rappelle que la contribution des experts a déjà été sollicitée depuis plusieurs années et que leur collaboration s'était avérée fructueuse aussi bien à Ottawa, qu'à Édimbourg. À cet égard, il précise que l'article 10(3) de l'annexe II du Document préliminaire No 15, tout comme l'article 6 de l'annexe I de ce même Document, ont été rédigés en s'inspirant des observations formulées par les experts présents. De même, il fait valoir que le Document de travail No 31 reprend les suggestions faites à Ottawa dans la mesure où celles-ci avaient été présentées, à l'époque, comme étant appropriées dans le cadre du commerce électronique. Il s'avoue donc déçu par l'attitude essentiellement négative adoptée par ces organisations à l'égard de la Convention. Il ne voit pas pourquoi la Convention mériterait davantage de critiques que les droits nationaux eux-mêmes.

M. Bucher déclare avoir pris connaissance du Document d'information rédigé en commun par les différentes organisations représentatives des intérêts du commerce électronique. S'il admet volontiers que les observations formulées sont souvent excellentes, il désapprouve, en revanche, la proposition visant à la suppression de la limitation introduite au for de l'activité par les termes « pourvu que l'action résulte de ces activités » (art. 10(2) de l'annexe II du Doc. prél. No 15). De même, il condamne fortement la critique formulée par ces organisations à l'encontre de l'article 18, ainsi que leur observation générale selon laquelle la Convention, telle qu'elle se présente à l'heure actuelle, serait « insupportable ». Il estime que les efforts fournis par les différentes délégations devraient être davantage respectés.

M. Bucher souhaiterait poser deux questions à ces organisations. En premier lieu, il s'interroge sur la responsabilité du fournisseur au regard du fait que la tendance actuelle est de le décharger de toute responsabilité à l'égard du contenu de l'information transmise. Il se demande donc si la responsabilité du fournisseur ne constitue pas simplement une question relative au droit matériel applicable, ce qui devrait ôter toute crainte à l'égard des règles de compétence juridictionnelle. En second lieu, M. Bucher demande à ces organisations de bien vouloir préciser la période de temps qui leur est encore nécessaire pour proposer des solutions concrètes acceptables dans le contexte conventionnel.

Mr Kovar (United States of America) considered it important to carefully distinguish between the different types of statements that had been presented by the non-governmental experts. He had not only noted negative but also positive remarks. He appealed to the meeting to find a way to get everyone to support the project to the greatest possible extent, since this was crucial for its success. He reminded the meeting of the beauty of the "mixed" convention approach lying in the "grey area", where irresolvable items could find their place. He had observed that the companies or organisations that created and provided content were eager to have the ability to obtain judgments that were enforceable around the world and that their concerns were especially directed towards the limitations of jurisdiction such as those noted under the "black list" of the Convention. He had discerned the hesitance of the ISPs to liability issues being opened by the Convention. His explanation for this was that a convention on jurisdiction and enforcement could create distortion in liability issues, where the substantive rules of liability had not yet been settled. He reminded the meeting that even though the Digital Millennium Copyright Act in the United States of America and the Electronic Commerce Directive of the European Community had set up systems to balance the several interests involved, there was no agreed standard around the world that solved the liability question. Since e-commerce issues comprised more than just copyright matters and since the Internet was expanding in all kinds of commercial contexts, the same kind of issues would affect jurisdiction and substantive law in many areas and the question was whether different court systems could co-operate effectively in this area.

The Chair reminded the delegates and the observers as well that they had a task to fulfil. There was a need to inject a balance in the various interests that had been presented. He invited those who had expressed their concerns to come up with concrete suggestions such as the one that had been set forth in Working Document No 32. He ensured that the meeting would then return to the subject. He announced that the

discussion would move to Article 18 of the preliminary draft Convention in the afternoon.

Mr Kovar (United States of America) interpreted the Chair's statement to mean that the meeting had only temporarily left the subject of torts.

Ms Wellbery (Commercial Internet Exchange) thanked the delegates for their patience in listening to the concerns that had been raised. She then drew attention to the recommendations that had been given in the comment that had been issued by AT&T, Cable&Wireless, Commercial Internet Exchange, Computer&Communications Industry Association, Verizon and Yahoo!. She noted that the jurisdictional issue was the most difficult issue raised by e-commerce within the United States of America. She declared that for this reason she was unable to take position on what the appropriate solution could consist of.

Ms Perlmutter (International Chamber of Commerce) appreciated the efforts to contribute to a solution. She declared that her organisation was seeking to assist and not to delay. She reminded the meeting, however, that the debate on the impact of the emergence of e-commerce on the Convention had only commenced a little more than a year ago during the meetings in Ottawa. She warned the Conference not to adopt immature rules that might not work in practice.

The Chair adjourned the meeting until 2.00 p.m.

Procès-verbal No 7

Minutes No 7

Séance du samedi 9 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Saturday 9 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.10 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair stated that while the debate on Article 10 had not been concluded it was important to move on and to turn to Article 18. He noted that the relevant Working Documents were Nos 10 (Japan), 14 (Belarus), 29 (Republic of Korea), and 30 (France). In addition he drew attention to documents distributed during the Edinburgh informal meeting and included in Preliminary Document No 15: Annexes VI-A (Japan), VI-B (United Kingdom) and VI-C (Germany).

Mr Pocar (co-Reporter) noted that reference could also be made to the Report of the preliminary draft Convention at paragraphs 207 to 234. He further explained that no document had emanated from the Edinburgh Working Group, although an informal information document had been prepared by Mr Goddard (New Zealand). Mr Pocar thanked Mr Goddard for his contribution.

Mr Pocar stated that the issue of prohibited grounds of jurisdiction was a delicate one. He drew attention to the current structure of Article 18, *i.e.*, a provision based on a general rule followed by a non-exhaustive list of prohibited grounds. He noted that the provision could be approached in a different way. One could just have a list of the prohibited jurisdictions which could be exhaustive or non-exhaustive. If it were non-exhaustive, it would have at the end a final clause which would allow the addition of further grounds. Consequently there would be no need for a general rule. Mr Pocar affirmed that this was not merely a matter of presentation but also one of substance. He noted that some of the proposals went in that direction.

He then asked whether the current list in paragraph 2 reflected exactly what the meeting wanted. He noted that until now the most contentious issue had been sub-paragraph *e)*. Finally, he drew attention to the exceptions to the black list which might reduce the scope of the prohibited bases of jurisdiction in certain circumstances, particularly where human rights violations had occurred. He noted that there were different views as to the two variants contained within Article 18(3).

The Chair suggested that the paragraphs should be tackled one at a time.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation had a proposal which would soon be distributed. He explained that the first item was to delete paragraph 1. He stated that his delegation's understanding of a mixed convention was that a fixed number of white list grounds of jurisdiction would be established together with a fixed number of black list grounds, *i.e.*, jurisdictional bases deemed so objectionable to all delegations that they would be prohibited. Outside these grounds all other bases of jurisdiction would fall into the grey zone. He continued that it was fundamental not to have a general standard of exclusion as in paragraph 1. He stated that in the absence of a supranational court such a provision would only lead to ferocious litigation in the court of first instance and then in the court of second instance. There would be a total absence of predictability or foreseeability.

Mr Liew (Republic of Korea) questioned whether it would be more appropriate to delete paragraph 1 or to move it to the end of paragraph 2 as an escape clause. He noted that the list in paragraph 2 touched on general jurisdiction and not on specific jurisdiction. With regard to paragraph 1, he drew attention to Working Document No 29 and the proposal that recourse to national jurisdictional rules be prohibited if there was no connection between that State and either the dispute or the defendant. He noted that the current draft did not take account of the fact that there might be a substantial relationship between the State and the defendant. He stated that this would be of importance to those States where personal jurisdiction referred only to the connection between the court and the defendant. He stated that the issue related to the fundamental approach one took to the Article as a whole.

Ms Renfors (Sweden) stated that the United States of America proposal came as no surprise. She affirmed that the European Community kept to the view that there must be a general rule so that unknown exorbitant jurisdictional rules might be outlawed.

She suggested that to enable the debate to progress attention should move to a consideration of whether there was a

compromise formula that could provide foreseeability and predictability. She noted that some interesting proposals had been made at the Edinburgh informal meeting. In this regard she referred to Preliminary Document No 15 and Annexes VI-A, VI-B and VI-C. Furthermore, she agreed with the Delegate of Korea that consideration should be given to the nature of the connection.

The Chair announced that the United States proposal in Working Document No 33 was about to be distributed. He drew attention to the explanatory note on the second page.

M. Bucher (Suisse) concède que les termes «*substantial connection*» sont relativement indéterminés. Toutefois, il s'étonne de la critique américaine du mot «*substantial*» dans la mesure où la jurisprudence rendue dans ce pays sur le fondement de la «*due process clause*» de la Constitution est à sa connaissance très riche sur ce point, même si, bien évidemment, elle n'a pas encore cherché à préciser le sens de cette notion dans le cadre de l'article 18 lui-même. Il suggère toutefois, si nécessaire, de revoir la formulation de l'article 18(1) afin de trouver un consensus, en substituant, par exemple, les termes «*minimum contacts*» à l'expression «*substantial connection*». Il exprime son soutien à la proposition de la Corée sur ce point.

M. Bucher ajoute que l'argument consistant à rejeter l'introduction de termes nouveaux n'est pas davantage convaincant, spécialement pour tous les États qui devront se familiariser avec le concept de convention mixte, sur lequel un consensus a toutefois pu être trouvé.

M. Bucher souligne par ailleurs les mérites d'une clause générale du type de celle proposée dans l'actuel paragraphe 1 de l'article 18. La zone grise étant fondée sur le droit national des États parties, il est nécessaire d'empêcher ces derniers de faire déborder cette zone de manière excessive: s'il est inutile de prohiber des fors universellement conçus comme condamnables, il importe de limiter ceux qui pourraient être exorbitants. Or, en ce domaine, chaque système connaît des fors exorbitants (le for de la nationalité en France; le for du patrimoine en Allemagne et en Suisse; le for du *doing business* aux États-Unis d'Amérique), lesquels répondent à une certaine nécessité dès lors que l'État qui les introduit n'est pas engagé dans un instrument international assurant la reconnaissance et l'exécution de ses décisions à l'étranger. La liste prévue à l'article 18 est fermée; il convient donc d'empêcher les États d'introduire d'autres chefs de compétence également choquants.

Mr Kovar (United States of America) stated that the concept of a substantial connection between the State and the dispute was not one which was known in the United States of America. He accepted that Mr Bucher was correct in that the concept could be applied and would be interpreted by United States courts, however, he pointed out that this would lead to significant litigation. He argued that a case-by-case approach would be very expensive and could serve to reduce support for the Convention.

Mr Kovar then questioned the utility of the general rule, and he asked where new grounds of jurisdiction might appear. He noted that a national or regional legislator might create a new rule but he asked whether such a law would ever be deemed by national courts to fall foul of the general rule in paragraph 1. He suggested that any new jurisdictional basis would be drafted to take account of the general rule. He then noted that courts might create a new jurisdictional basis. He stated that if this happened, and it were inappropriate, it could be dealt with by refusing recognition. He concluded that the general rule would have no effect other than to increase litigation. He stated that it was only a "feel-good" provision.

Mr Trooboff (United States of America) noted that the United States proposal had been prepared before the morning debate on mixed civil and criminal actions and he stated that account should be taken of such actions in Article 18. Responding to earlier comments, he accepted that the term "substantial connection" was used in his country but he explained that it was not employed to evaluate the relationship between a dispute and the State with jurisdiction. Furthermore, he stated that there was no difference if the general rule was placed at the end of the provision, it would still be objectionable to his delegation. Finally, he added that the same words as found in the United States Constitution could be used, but this would be pointless since it would mean that each Contracting State would have to adopt the same provision into their national constitutions.

Ms Sabo (Canada) explained that in her country, for the purposes of recognition and enforcement, recourse was had to criteria based on the existence of a real and substantial connection between the defendant and the dispute as well as the court and dispute. She noted that she was comfortable with it and had no problems with the inclusion of such a provision in the Convention.

M. Bucher (Suisse) insiste sur la nécessité de faire preuve d'un esprit d'ouverture: si certains États ont pu faire l'effort d'accepter de nouveaux fors fondés sur l'activité, d'autres doivent admettre l'utilisation d'une terminologie nouvelle qui sera vite explicitée par les juges. Il souligne une nouvelle fois la nécessité d'introduire un paragraphe qui définisse les compétences qui doivent en principe être considérées comme interdites et qui soit accompagné d'exemples d'application, notamment si les hypothèses du paragraphe 2 sont limitées comme le souhaitent certaines délégations. Ainsi, le Document de travail No 33 suggère de biffer la lettre *g)*, relatif à la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur, alors que la délégation à l'origine de cette proposition est particulièrement attachée aux droits de la défense. Selon lui, on peut accepter de supprimer certains points du paragraphe 2 de l'article 18, à la condition qu'un garde-fou soit maintenu sous la forme d'une clause générale.

Mr Kovar (United States of America) noted that the discussion had not yet reached Article 18(2) *g)*, but he explained that the matter was considered in Working Document No 33.

Mr Trooboff (United States of America) said that if the purpose of a general rule were merely to replicate the effect of the United States Constitution, this would be pointless since the matter was already dealt with in the United States of America by the Constitution. He affirmed that the problem was the mass of litigation which would result; it would be wasteful and would create an obstacle to accession. This was why his delegation described the general rule as an abstract "feel-good" provision.

Ms Renfors (Sweden) stated that if the sole purpose of the general rule were to replicate the effect of the United States Constitution, then the delegation of the United States of America might have an argument, but she pointed out that there could be other States which might have exorbitant jurisdiction rules of which delegates were not aware. For this reason, regardless of the United States of America, a general rule would be useful. She added that the United States Constitution was not well known to all States, therefore there would be a purpose in having such a provision in the Convention.

The Chair invited the meeting to go to paragraph 2, there being no consensus on paragraph 1. He noted that there were several proposals as to the opening words of that provision: Working Document No 33 (United States of America) and Mr Goddard's information note.

Mr Goddard (New Zealand) stated that he did not need to intervene since the proposed changes only related to the situation where paragraph 1 were deleted.

Mr Kovar (United States of America) explained that the change at the start of paragraph 2, as set out in Working Document No 33, was consistent with the United States position on paragraph 1. He stated that the United States understanding of a successful mixed convention was to have a list of known grounds of jurisdiction which everyone could agree were exorbitant. He stated that paragraph 2 created the possibility for courts in the State of first instance and second instance to determine that something previously unidentified was in the black list.

M. Tell (Commission européenne) se montre, pour les raisons exprimées par Mme Renfors (Suède), favorable au maintien d'une liste ouverte. Il ne convient donc pas selon lui de biffer les termes «*in particular*». Par ailleurs, il estime qu'il n'est pas impossible qu'en cumulant plusieurs fors de cette liste, on parvienne à un for interdit, comme dans la Convention de Varsovie de 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international révisée par le Protocole additionnel de Montréal, et se montre par conséquent très réservé quant à l'opportunité de biffer les termes «*one or more*», comme le suggère le Document de travail No 33.

M. Bucher (Suisse) estime qu'il se pourrait au contraire que du cumul de plusieurs chefs de compétence interdits résulte effectivement un for substantiel acceptable. Il invite donc les délégations à approfondir encore la question, car la proposition consistant à supprimer l'expression «*one or more*» n'est pas très satisfaisante. Dans certains cas en effet, le cumul de plusieurs chefs interdits peut aussi conduire à un for interdit: on ne peut ainsi admettre une compétence qui serait fondée sur la nationalité commune des parties. En outre, plus on réduit la longueur de la liste du paragraphe 2, plus il est difficile d'accepter la suppression des termes «*one or more*».

Mr Musger (Austria) stated that like Mr Bucher he could see the problems of deleting the phrase "solely of one or more", since a situation could exist where several of the prohibited grounds coincided so as to make the exercise of jurisdiction capable of falling into the grey list. He continued that the phrase could only be deleted if there was a general rule. Without such a rule, there would be no standard to assess whether jurisdiction was exorbitant or not – in a specific case.

Mr Möller (Finland) stated that he agreed with the Delegate of Austria. He noted that if many of the bases in Article 18(2) existed then the exercise of jurisdiction might not be exorbitant. He added that if the general rule were deleted then paragraph 2 would have to be expanded.

Mr Trooboff (United States of America) noted that in considering the general rule delegates were only thinking of the factors listed in paragraph 2, but he suggested that this was not what would happen in practice. He stated that he had believed that the meeting was working towards a common list of exorbitant bases of jurisdiction; now, however, something very different was being undertaken in trying to create a definition of exorbitant jurisdiction.

M. Bucher (Suisse) rappelle que la nécessité d'une zone de fors prohibés a toujours été admise par le professeur von Mehren (États-Unis d'Amérique), à l'origine de l'idée fructueuse de convention mixte. Si l'on accepte de laisser de la liberté aux États, c'est à la condition qu'il existe des fors prohibés. Le principe d'une liste noire est indiscutable. Il n'est par ailleurs, selon lui, pas exact de prétendre que le concept de liste noire est totalement inconnu. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano le connaissent – quoique sous une forme différente – ainsi que la Convention européenne de 1972 relative aux immunités d'États. Il invite les délégués à réfléchir à la résolution du problème posé par les États tentés d'introduire des fors contestables plutôt que de raisonner sur la liste noire de l'article 18.

The Chair stated that it was clear there was no consensus, and therefore he invited the meeting to examine the individual items of paragraph 2. He noted that there was consensus in respect of sub-paragraphs *a)*, *b)*, *c)* and *d)*, but not on *e)*, the "doing business" ground.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that Working Document No 29 was intended to add clarity. He explained that it related also to Article 9, and that in some States a provision to establish white list jurisdiction existed on the basis of the presence of a branch. He noted that sometimes this was deemed to be different to a doing business base of jurisdiction. However, in the experience of his delegation the two sometimes overlapped. He stated that if ground *e)* remained in the black list he could accept this, but added that his proposal would render the provision more understandable for those not sure about the doing business doctrine.

Mr Kovar (United States of America) stated that the rationale behind Article 18 was to find agreement on a defined list of exorbitant bases of jurisdiction. He noted that many of the grounds were of little real importance, but he pointed out that the doing business ground was one of fundamental significance to United States lawyers. He explained that everyone in his country believed that if a defendant purposively availed himself of a forum he or she should be available to answer lawsuits in that place. This was a normal and fair ground of jurisdiction. He added that whenever the Convention was discussed in the United States of America there was astonishment that the doing business ground might be prohibited. It was for this reason that his delegation wished to delete sub-paragraph *e)*. He suggested that its inclusion was not necessary for the success of the Convention and moreover its deletion would facilitate the drafting of the white list.

Mr Musger (Austria) stated that he recognised the importance of the doing business ground for the United States of America, but he pointed out that the other bases in paragraph 2 were fundamental in other States. He explained that in his country, in non-Brussels / Lugano Convention international litigation, the first ground of jurisdiction one thought of was the presence of property. In France it would perhaps be the nationality of the plaintiff. He stated that European States could only give up these grounds if there was consensus on the list as a whole.

Mr Wagner (Germany) recognised that the general doing business ground was of great importance in the United States of America. However, he suggested that it was not quite so important in practice. He invited the meeting not to destroy what had been elaborated at the previous meeting. He pointed out that he could argue about sub-paragraph *a)* in the same way as the United States of America had done over *e)*. He agreed with the Delegate of Austria that Article 18 had to be balanced.

Ms Renfors (Sweden) noted that she could not add much to what had been said in the two previous interventions. She

Procès-verbal/Minutes No 7

stated that sub-paragraph *e)* was part of a bigger issue and there was no way of just deleting one item from the black list.

Mr van der Velden (Netherlands) pointed out that the discussion on sub-paragraph *e)* was related to that on jurisdiction in contract and tort. He suggested that it would be better to consider these issues together.

M. Bucher (Suisse) souligne qu'il est fort peu convaincant de refuser le changement en rappelant une tradition étatique dans un domaine.

Il se demande s'il ne convient pas de changer de perspective et rappelle, à cet égard, que le Document de travail No 64 de la dernière Commission spéciale indiquait que, dans la majorité des cas, la compétence internationale américaine est exercée sur un critère de «*specific jurisdiction*» («*transacting jurisdiction*»). Afin de dédramatiser la discussion, M. Bucher rappelle que les cas liés au *doing business* ont, depuis une vingtaine d'années, sensiblement diminué (sans toutefois disparaître). Il s'interroge néanmoins sur l'impact économique de ce chef de compétence et demande s'il est vraiment opportun de dissuader les petites entreprises de pénétrer sur le territoire américain en raison du risque auquel on les soumet, de se voir attraire devant un tribunal américain dans le cadre d'un litige concernant des activités différentes non localisées aux États-Unis d'Amérique.

Pour le succès des travaux, il invite les délégués à approfondir encore leur étude. Mme Silberman n'a-t-elle pas montré qu'à l'égard des grandes entreprises multinationales, la concentration de la compétence au for du siège est artificielle? De même, il convient de poursuivre la réflexion.

Mr Möller (Finland) acknowledged that the history of the doing business jurisdiction was such that it was designed to be fair, however, in practice it was used in a way which many European States regarded as being exorbitant, particularly in tort cases. He stated that under traditional Finnish rules, as in Germany and in Austria, a plaintiff would be able to sue where a defendant had assets. Finally, he noted that when a black list was being established all States had to give up something, not just the United States of America.

Mr Goddard (New Zealand) stated that it would be helpful to reflect on what the co-Reporters had said, namely that the grounds listed in paragraph 2 were clear examples where the threshold in paragraph 1 was not met. He noted that if a general rule was retained, the list of prohibited grounds would have to be consistent with it. However, even if there was not an explicit list the nature of the list of prohibited grounds would create an implicit standard.

Mr Goddard noted that one could only put in the black list those grounds which all States agreed were inappropriate, depending on the approach one took to jurisdictional thinking. He stated that if one applied the standard of no substantial connection with either the dispute or the defendant, then most of the bases of jurisdiction in paragraph 2 would remain there. However, if the standard were one of "minimum contact", sub-paragraph *e)* would probably satisfy that criteria and thereby drop out of the list of prohibited bases.

Mr Goddard invited the meeting to decide upon a coherent policy and then apply it to the list. He stated that there was attraction in trying to use the United States constitutional standard as a general one. He stated that to do so would not be to force the United States of America to comply with their Constitution, but rather a recognition that it was appropriate for all States to apply such a standard.

Mrs Sapp (International Trademark Association) stated that in her experience as a trial lawyer in the United States jurisdiction was almost always based on the doing business ground. She pointed out however that a review of cases would not necessarily reveal this since many cases settled while in others the defendant would not argue the point. She further noted that the abolition of the doing business basis of jurisdiction would have serious economic consequences, and in certain areas, particularly with regard to trademarks, this would devolve onto foreign companies as well as to United States companies.

Mr Wallace (United Kingdom) stated that he agreed with the Delegate of the Netherlands that this issue could not be solved in isolation, rather it had to be explored together with the activity bases of jurisdiction.

Mr Trooboff (United States of America) clarified that he had never said that there were no cases founded on the doing business jurisdiction, rather that there were none where that base of jurisdiction was used in an abusive way. He conceded that there had been a problematic aviation tort case with Finland, but pointed out that it had been 45 years ago. He noted that the doing business ground was based on continued and systematic presence. He added that the reason there were few abuses was because any well advised company operated in the United States of America through subsidiaries.

He stated that Mrs Silberman's proposal appeared attractive but it was merely a way of limiting general jurisdiction when plaintiff and defendant were not United States parties. He invited the meeting to think seriously before going for a quick fix.

Mme Bourgeois (France) rappelle son intervention lors de la séance du matin.

Elle insiste sur le fait que le for de l'activité constitue un argument sensible pour la délégation de la France, qui s'est déjà longuement exprimée sur ce point lors de précédents débats. A l'appui de cette position, elle invoque le fait que ce critère de rattachement est insuffisant, imprécis et entraîne une insécurité juridique très forte. Elle fait valoir que les entreprises françaises, qui pour l'essentiel sont des petites et moyennes entreprises mais réalisant une grande part de l'activité économique, sont inquiétées par la perspective de l'adoption d'un tel critère. Elle craint alors que l'admission de ce facteur de rattachement, loin de favoriser le développement du commerce, n'entraîne un repli économique. Elle s'avoue favorable au compromis et prête à apprivoiser les conceptions étrangères si certaines garanties fondamentales sont données. Or, si cette perspective du for de l'activité lui semble admissible en matière de contrat, il lui semble très difficile de l'admettre en matière délictuelle. Elle juge que d'un point de vue général il s'agit d'un chef de compétence exorbitant, qui à ce titre devrait être exclu de la liste blanche, de la même manière que les autres pays ont renoncé à l'application de leurs propres chefs de compétence exorbitants dans le cadre conventionnel. Elle termine en soulignant l'importance que la délégation de la France attache à cette question.

The Chair asked whether the meeting should now turn to paragraph 3.

Mr Pocar (co-Reporter) suggested that the debate could start with a consideration of Preliminary Document No 15, Annex VI-A (Japan), and Working Document No 30 (France).

Mr Shimizu (Japan) asked when Working Document No 8 would be discussed.

The Chair stated that many items were having to be left aside and he could not give a precise answer as yet.

Mme Maitrepierre (France), rappelant l'attachement traditionnel de la France à la protection des droits de l'homme, et soulignant que cet État est Partie à une douzaine de Conventions dans ce domaine (y compris la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, qui ouvre un droit de requête individuel), indique que la France admet la compétence dite universelle des juridictions pénales, fondée sur la présence, même temporaire. Elle explique que la victime peut dans ces hypothèses exercer une action civile en réparation. Une telle action en réparation peut être portée devant la juridiction pénale elle-même, ce qui, outre l'économie et le gain de temps que cela engendre, a une vertu symbolique certaine. L'admission d'une compétence universelle peut ainsi profiter aux victimes et servir leurs intérêts. Si les divers instruments internationaux (Statut de la Cour Pénale Internationale, Convention sur la prévention et la répression du génocide ; Convention sur les crimes de guerre, résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, etc.) n'imposent pas cette compétence universelle, la France est déterminée à faire bénéficier les victimes de tels crimes d'une compétence universelle pour leur demande en réparation, consciente toutefois de l'inquiétude des milieux financiers et des milieux d'affaires quant aux dérives liées aux dérogations à la liste interdite.

Ces motivations ont donc conduit la délégation de la France à soumettre une modification rédactionnelle de l'article 18(3) (Doc. trav. No 30), laquelle reprend la variante 2 et une partie de la variante 1 du texte de 1999. Mme Maitrepierre présente ensuite la note explicative attachée à ce Document.

Mr Hu (China) voiced his appreciation for the efforts of the delegation of France in combining two variants in the Special Commission draft, now in sub-paragraph *a)* and sub-paragraph *b)* of the French proposal, but questioned whether the two variants can be combined since they were very different with regard to their legal basis. He stated that his delegation could live with sub-paragraph *b)*, although it was not a preference for his delegation, but not with sub-paragraph *a)*. He continued that when one considered universal jurisdiction in a human rights context, one had to talk in a legal and not an academic sense. Reference must always be made to the legal source, whether treaty law or international customary laws. He stated that sub-paragraph *b)* has its basis in treaty law, but the legal basis of sub-paragraph *a)* was very weak. He suggested that one could separate genocide and war crimes and put both into sub-paragraph *b)*, but his delegation had great problems with the reference to crimes against humanity. He noted that there were no treaties dealing with this final category and that the lack of clear authority for defining crimes against humanity and for exercising universal jurisdiction over crimes against humanity, especially in civil proceedings, was a great problem for his delegation. He noted that it was claimed that the practice of exercising universal jurisdiction over crimes against humanity in civil proceedings could be based on international customary law, even on "*erga omnes*", but he pointed out that such a claim has not been widely accepted in international society. Finally, he noted that while the Hague Conference had great expertise in the field of private international law, it should try not to get into detailed discussions involving matters of public international law. He suggested a clever solution be sought.

M. Kovar (États-Unis d'Amérique) félicite la délégation de la France pour son intervention. He then thanked the Delegate of China for his thoughtful analysis. He noted that both the French and Chinese interventions showed positive movement on this issue. He then drew attention to the fact that in the United States of America it was possible to initiate civil litigation for the violation of international law and that this was not limited to where there was criminality in accordance with an international treaty. He noted that grounds of black list jurisdiction were often used in such cases since other grounds of jurisdiction were unlikely to be available. He further explained that in such cases the plaintiff often accepted that enforcement would never be possible, although within the Convention plaintiffs would obviously not wish to rule this possibility out. Mr Kovar concluded by stating that more reflection should be given to this issue, and noting that France had provided a useful framework for returning to these issues.

Mr Chang (Republic of Korea) noted that this was his first time speaking at a meeting of the Hague Conference and he stated that it was a great honour. He informed the meeting that he had recently seen the conclusion of the Rome Statute and that significant progress had been made in this area. He recommended that vague concepts be avoided. He stated that sub-paragraph *b)* of the French proposal had merit. As to sub-paragraph *a)*, he drew attention to the definitions in the Rome Statute and suggested that a reference should be made to this in the proposal, albeit in square brackets.

The Chair noted that the Commission was honoured to welcome Mr Chang.

Ms Renfors (Sweden) stated that it was the view of the European Community that the black list must include an exception for human rights claims. She recommended that the definition used be sufficiently narrow and precise. She then questioned whether the first line of sub-paragraph *b)* of the French proposal should use "exercised" and not "established" to be more closely aligned to the French text.

Mme Maitrepierre (France) reconnaît qu'il convient certainement de substituer le verbe «*exercises*» aux termes «*has established*» dans la version anglaise de l'article 18(3) *b)* telle qu'elle résulte du Document de travail No 30 proposé par la délégation de la France. Par ailleurs, répondant à l'interrogation de la délégation de la Corée, elle explique que la condition restrictive liée au déni de justice ne paraissait pas pertinente dans le cadre des crimes humanitaires d'une gravité particulière visés par l'article 18(3) *a)*.

Mr Wagner (Germany) stated that the problem was to define the exception in a narrow way. He noted that the French proposal went in the right direction, but he shared some of the concerns of the Delegate of Korea. Mr Wagner proposed that reference be made in sub-paragraph *a)* to the ICC Statute. He stated that this should not be an obstacle even though the instrument was not yet in force. He further added that he was pleased the French proposal included reference to the principle of denial of justice.

Mr Kovar (United States of America) stated, in response to Ms Renfors' comment, that he was not sure that it was appropriate to use "exercised" rather than "established". This was because he had understood the provision as being that criminal jurisdiction should be available, but it was not necessary for a case to have been brought by a prosecutor. He stated that the latter interpretation would be too great a limitation on the provision. Finally, he added that it would not be helpful for the promotion of the Convention in the United States of America to make a reference to the ICC Statute.

Mr Möller (Finland) congratulated the delegation of France on their draft which was an improvement on the existing texts. He agreed with the Delegate of Germany that there should be a reference to the ICC Statute. However, he conceded that if this caused problems for some States it could be dropped. Furthermore, he agreed with the Delegate of the United States

Procès-verbal/Minutes No 7

of America that the use of the phrase "has exercised" might render the provision too narrow.

Mr Dubinsky (International Association of Democratic Lawyers) thanked the delegation of France for their proposal, however he drew attention to several shortcomings. First, he questioned whether the scope of the phrase "serious crime under international law" was sufficiently wide. He suggested that it might not cover all the reprehensible things that should be included in the exception, for example experiments on humans. Second, he asked why the crime had to be in accordance with an international treaty. He also questioned whether this would include bilateral as well as multilateral treaties. Furthermore, he asked why only serious bodily injuries were referred to and not psychological injuries. He also questioned why claimants would have to prove the truth of what was to be proved.

Mr Dubinsky noted that as regards a universal jurisdiction there was a category of offences on which there was an emerging customary law. He stated that the ICC Statute codified some of this. He argued that a universal jurisdiction meant that some offences by their nature or character were of such danger to the international order that the prerogative to act against them existed everywhere.

The Chair asked the meeting whether agreement could be reached that the French proposal would be put in square brackets and included as a third variant.

Mr Kovar (United States of America) stated that the addition of a third variant would leave Article 18 rather untidy.

M. Bucher (Suisse) s'exprime en faveur de la proposition consistant à substituer aux deux variantes de l'article 18(3) le Document de travail No 30.

The Chair then asked if the two existing variants should be replaced.

Mr Hu (China) stated that his delegation had difficulties with sub-paragraph *a)* of the French proposal. He asked that separate square brackets be placed around sub-paragraph *a)*.

The Chair stated that this could be done.

Mme Maitrepierre (France) propose d'ajouter la référence au Statut de la Cour pénale internationale entre double crochets, comme le souhaitent certaines délégations.

The Chair concluded that Working Document No 30 would be added to the text in square brackets in substitution for the two existing variants. In addition, separate square brackets would be placed around sub-paragraph *a)*.

The meeting was closed at 4.50 p.m.

Procès-verbal No 8

Minutes No 8

Séance du lundi 11 juin 2001 (matin)

Meeting of Monday 11 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair welcomed the several distinguished delegates who had recently joined the meeting and expressed hope that their expertise and participation would add lustre to the day's debate. He proposed that the meeting discuss recognition and enforcement.

Ms Gomaa (Egypt) said Egypt was a strong supporter of human rights and had signed many international human rights treaties. She said she supported Working Document No 30. As regards the definition of violations of humanitarian law, she said it was difficult to refer only to the Statute of the International Criminal Court, not yet in force, but not refer also to the definitions featured in the Convention on the Prevention and Repression of Genocide and the 1949 Geneva Convention on War Crimes that some Hague Member States have already accepted.

The Chair recalled the Saturday afternoon consensus to place the provisions of Working Document No 30 (France) into square brackets and return to them later.

Mr Nygh (co-Reporter) opened the discussion on the topic of recognition and enforcement, which was to be found in Chapter III of the preliminary draft Convention. He began by identifying the definition of "judgment", outlined in Article 23, as a preliminary issue. He noted that the definition of "judgment" was dealt with at paragraphs 294 to 299 of the Report of the preliminary draft Convention. Mr Nygh said that while Article 23 *b)* could be dealt with later when provisional or protective measures appeared on the agenda, it would be hard to postpone the implicit recognition question. The deletion of paragraph *b)* would necessitate a review of the remaining definition, since paragraph *a)* was a considerably wide one.

Mr Nygh pointed out that, at paragraph 295 of the Report of the preliminary draft Convention, it was explained that Chapter III applied to decisions of any kind. The Brussels and Lugano Conventions had similar phrasing. Mr Nygh noted that in the Commonwealth States, the 1993 Act of Reciprocal Enforcement of Judgments had wide remit, but required bilateral agreement. He contrasted this to traditional common law practice, whereby non-monetary orders were not entitled to enforcement and recognition. He pointed out that in a common law system, a non-monetary judgment could be used as a shield instead of a sword, as with issue estoppel. Mr Nygh echoed the question posed by the delegation of Korea: if Chapter III were limited to monetary orders, then how should the Convention deal with estoppel, or negative, effects

of judgments ordering payment of money? He asked if this should be left to the national forum to decide.

Mr Nygh drew attention to Preliminary Document No 15, Annex V, an attempt to redraft Article 23 by adding the words "on the merits" after the word "decision".

Mr Goddard (New Zealand) said that Preliminary Document No 15, Annex V was intended to give effect to the strong preference of many parties present at Edinburgh that provisional and protective measures not be enforced under the Convention. He explained that the phrase "on the merits" had been chosen over the insertion of a judgment "must have the effect of *res judicata* in the State of origin", as per Article 25(2).

Mr Liew (Republic of Korea) said there was a significant difference between Korean law and Article 25(4), which provides that recognition or enforcement may be postponed if the reasoning of the judgment is the subject of review in the State of origin. He expressed doubt as to whether there was a uniform concept of *res judicata* all over the world. He asked if the scope of the effect of *res judicata* was to be left to the national law of each Contracting State to determine, or if it was to be determined by the State of origin. Mr Liew said he did not think a judicial declaration could require greater effect abroad than it possessed in the State of origin. He asked whether, under the preliminary draft Convention, issue preclusion or collateral estoppel in a United States court would govern judicial effect in the Republic of Korea.

The Chair asked that delegates confine their discussion to Article 23 for the moment.

Mr Mc Ginness (Australia) asked whether it was appropriate to discuss Preliminary Document No 15, which was scheduled for discussion on Thursday. He said the Australian expert on provisional measures was to arrive on Wednesday and he would appreciate if the meeting were to adhere to the agenda. He also remarked that, contrary to Mr Goddard's implication, parties to the Edinburgh discussions had expressed varying feelings about whether to exclude provisional and protective measures.

The Chair said that it had been his inclination to defer discussion on the topic of provisional and protective measures.

Mr Dogauchi (Japan) supported the idea of Preliminary Document No 15, Annex V. He said that, considering the diversity of provisional and protective measures existing in various domestic laws and the limited benefits gained by their enforcement, it was best to delete such measures from the scope of jurisdiction to be enforced.

Mr Kovar (United States of America) agreed with Australia that it was best to save detailed substantive debate on provisional and protective measures until it appeared on the agenda. He noted that the United States of America had no firm position regarding the exclusion of such measures. There were some instances where inclusion would be an important advance, such as for copyright owners. However, Mr Kovar felt that its inclusion in the future Convention could raise difficult policy choices regarding other interests. On the other hand, he felt that a government consumer agency suit should benefit from certain enforceable provisional and protective measures such as asset freezes. He said that the meeting should now put Article 23 *b)* aside as bracketed with no consensus. He felt that paragraph *a)* was wide enough to include provisional and protective measures.

M. Bucher (Suisse) suggère de laisser la question des mesures provisoires et conservatoires pour le 14 juin, ainsi que le prévoit l'ordre du jour.

Il précise que cela n'empêche pas de discuter de l'article 23 tel qu'il est présenté dans l'annexe V du Document préliminaire No 15. À cet égard, il indique que l'adjonction des termes « au fond » est peu heureuse. Il relève que la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* ne mentionne pas cette précision, ce qui est selon lui symptomatique d'une difficulté que l'adjonction soulèverait. Il ajoute par ailleurs que la définition proposée dans l'annexe V du Document préliminaire No 15 n'est pas à l'abri de toute critique dans la mesure où une ordonnance, comme la fixation par le greffier du montant des frais du procès, n'est en aucun cas une décision au fond.

The Chair said the meeting could review provisional and protective measures later and should assume for the moment that they were excluded.

Mr Herrup (United States of America) drew attention to the question of what constituted a "decision" for recognition and enforcement purposes. He said that, when seeking to ratify the Convention, every State would have to find the certainty of benefit to outweigh possible detriment. The term "decision" was interpreted widely enough to make it impossible for any State to know what would be asked of its courts. His greater concern was that the meeting not produce any "unnecessary lightning rods". Certain provisions should not be so sweeping as to create alarm or resistance to less controversial provisions.

The Chair asked if the meeting felt the Article 23 language of Preliminary Document No 15, Annex V, was superior to that of the preliminary draft Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) suggested that the entire Article be placed in brackets and revisited when discussion of provisional and protective measures was resumed. He further suggested that the meeting wait before discussing the United States proposal to restrict the term "decision".

Ms Schulz (Germany) said the words "on the merits" should be put in brackets.

The Chair said Article 23 was to be considered bracketed. He moved the discussion onto Article 24.

Mr Nygh (co-Reporter) explained that Article 24 was intended to ensure that judgments based on national law jurisdiction were outside the Chapter and that recognition would be based on national law.

Mr Kovar (United States of America) said that Working Document No 36 was an attempt to clarify the relationship between jurisdiction based on national law and that based on white list grounds. He asked what would happen if a court used a provision of national law to find jurisdiction over a defendant when it could just as easily have invoked a white list ground of jurisdiction. It was his understanding that if jurisdiction were based on a ground of jurisdiction consistent with the white list grounds, then the judgment was enforceable. Mr Kovar said that if this were not the case, then the meeting must clarify Article 24.

M. Bucher (Suisse) estime que la proposition faite par les États-Unis d'Amérique dans le Document de travail No 36 est de nature à clarifier la situation. Le document ayant été distribué pendant la séance, il demande, après une première

lecture, si les exclusions à l'article 17 (telles que les décisions rendues en contravention à une compétence exclusive de l'article 12 par exemple) font l'objet d'un traitement approprié dans le cadre de cette proposition. Il mentionne également que, d'une manière générale, l'article 24 est fort mal placé au sein de la Convention.

Mr Kovar (United States of America) replied that if the case were covered by an exclusive ground of jurisdiction, then jurisdiction under national law would not have been appropriate and so would not have been enforceable.

The Chair asked if the provision as amended by Working Document No 36 was satisfactory to the meeting. Observing consensus, he moved on to Working Documents Nos 35 (Switzerland), 37 (United States of America), and 39 (Japan).

Mr Nygh (co-Reporter) repeated the question posed by the delegation of Korea concerning the meaning of *res judicata*. He pointed out that *res judicata* was discussed at paragraphs 302 to 316 of the Report of the preliminary draft Convention and asked that the meeting leave aside the search for a better term. He accepted *res judicata* as a rough counterpart to the French term "*choses jugées*" and expressed the view that the difference was not necessarily in the meaning of the two terms, but in the point of time at which the meaning is attained.

Mr Nygh remarked upon the two conditions of *res judicata* and enforceability, finding the first to be a test for recognition and the second a test for enforceability in the State of origin. He said that the main difference was the relationship of each to provisional and protective measures, which was another issue for later discussion.

Regarding the point at which a decision has attained *res judicata* status, Mr Nygh said that this differed from State to State. He discussed the common law practice of finding a judgment enforceable as soon as the judge at first instance rendered it. He then contrasted this with the general civil law tendency to reserve "*choses jugées*" status until review was exhausted. However, the level of review considered final differed from jurisdiction to jurisdiction. Mr Nygh observed that in reality, the difference was perhaps not as significant as it sounded, given the common law practice of courts of first instance granting stays pending appeal and the similarly inverted civil law practice of rendering certain judgments immediately actionable.

Mr Nygh drew attention to the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* and its communative conditions for recognition and enforcement. He said that whether a judgment was no longer subject to review could only be determined by the national law of the State of origin.

Mr Kovar (United States of America) outlined the two main suggestions in Working Document No 37. First, he said that the intention behind paragraph 1 had been to address cases wherein the court of origin issued a judgment without clearly indicating that jurisdiction was based on white list grounds. The proposal reflects the view that where the jurisdiction invoked was consistent with these grounds, the judgment should still be enforced. Secondly, the Working Document addressed the issue of *res judicata* and finality. Mr Kovar remarked upon the diverse understandings of the concept among various countries, and even within civil law States themselves. He said that in the preliminary draft Convention, the term *res judicata* had been used in hopes that the Report of the preliminary draft Convention would clarify the term. He regretted, however, that the term was still unclear and splintered issues into factual issues and legal issues to be determined by a judge. He asked if the word "final" were not a better term to use.

With regard to the question posed by Mr Liew (Republic of Korea), Mr Kovar said his inclination was that a court in the Republic of Korea would probably not have to apply the United States notion of issue preclusion when determining the extent of judgment enforcement. Similarly, a court in the United States of America probably could not read its notions of issue preclusion into a Korean judgment.

Mr Nygh (co-Reporter) confirmed that the preclusive effect of a judgment was to be determined by the national law of the State addressed. He said, however, that it could not be given broader effect than it would have in the State of origin.

Mr Bennett (Australia) generally agreed that it was correct to include whether jurisdiction was, or could have been, asserted according to white list grounds, but noted that courts often did not specify the grounds upon which they based jurisdiction over a claim. With regard to the term "final", Mr Bennett pointed out the potential confusion that might arise in common law jurisdictions, where a judgment subject to appeal without stay is nevertheless called "final" by the court of first instance. He conceded that *res judicata* was an imperfect term, but encouraged the meeting to search for a term less confusing than "final".

Mr Boggiano (Argentina) said it seemed possible to harmonise Working Documents No 35 and No 37. He felt the two proposals both intended a judgment to be enforceable when it was capable of producing immediate effect. He said that if there was no ordinary recourse, the judgment was to be enforceable. He noted the difficulty that arose in cases of extraordinary recourse pending in the State of origin. Extraordinary recourse did not preclude enforceability of decisions, but in some situations a supreme court was able to stop the effect of a judgment issued in an ordinary court. Mr Boggiano said that the two Working Documents could be combined to take into account not the finality, but the enforceability, of a judgment according to national law.

Ms Schulz (Germany) agreed in substance with Working Document No 37. She was however concerned about the redundancy that would arise if the second line were not deleted. For Article 25(2) she favoured the term *res judicata*. She disagreed with the possibility of not extending a first State's practice of issue preclusion to a second State and said that in German law, recognition of a final judgment in the court addressed would have to mirror that of the court of origin as closely as possible. It was the requested State's difficult, but necessary, task to find the functional equivalent of principles such as issue preclusion.

With regard to paragraph 3, she announced the pending distribution of a German proposal.

Mr Möller (Finland) supported the addition of "which is or could have been" to Article 25(1), although he said Finnish courts never identify the grounds upon which jurisdiction is based. However, he agreed that the words "or which is consistent with any such ground" were not necessary. He said the term "final" was ambiguous, but preferable to *res judicata* if it were understood that a judgment was to have exactly the same scope of effect as in the State of origin.

Mr Musger (Austria) agreed that the provision regarding consistency should be deleted if the United States proposal to add "which is or could have been" was adopted. He added

that the word "final" was as ambiguous a term as *res judicata* and that most judgments deemed "final" in the United States of America would not be so deemed in Austria. He said the Report of the preliminary draft Convention indicated that Ms Schulz was correct about the meaning of "recognition". According to the Report, a judgment was to be given the same effect as was given in the rendering State. He agreed that "final" was an ambiguous term and suggested that the solution might lie in clarifying the concept of Article 25.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that he had cited the Restatement (Second) Conflict of Laws at that point of the Report of the preliminary draft Convention, and had not looked specifically at the issue of preclusion.

M. Bucher (Suisse) indique, s'agissant de l'article 25(1) tel que formulé dans le Document de travail No 37, que si les expressions utilisées paraissent redondantes, ainsi que l'ont relevé les Délégués de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Finlande, elles ne visent pas tout à fait les mêmes situations. Ainsi, lorsqu'un litige est purement interne, la Convention ne s'appliquera pas pour déterminer la compétence directe du tribunal. Pour autant, au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la décision intervenue à l'étranger, la Convention retrouvera application. Dans une telle hypothèse, le jugement «*could not have been based*» sur un chef de compétence prévu aux articles 3 à 13, mais devra être «*consistent with any such ground*». En l'absence d'identité, les deux expressions peuvent être utiles.

S'agissant de l'article 25(2), il estime que le terme «*final*», proposé dans le Document de travail No 37 n'est pas de nature à donner satisfaction. La référence à «*res judicata*» paraissant meilleure, mais encore trop imprécise, le Document de travail No 35 a été proposé pour faire progresser la réflexion, l'idéal étant d'utiliser une notion autonome, au contenu mieux détaché des acceptions nationales. Il indique que la Convention Exécution de 1971 exige que la décision à reconnaître ne puisse plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'État d'origine, tout en ajoutant que, pour être déclarée exécutoire dans l'État requis, elle doit en outre être susceptible d'exécution dans l'État d'origine. Ainsi pourrait-on utiliser la terminologie des voies de recours ordinaires et y adjoindre une référence aux moyens de nature à empêcher que la décision ne produise des effets. M. Bucher estime toutefois que la question mérite réflexion.

M. Bucher indique qu'au paragraphe 3, la modification proposée par le Document de travail No 37 consiste à viser le pluriel (les deux paragraphes précédents), dans la mesure où le jugement devra également respecter les conditions posées au paragraphe 2.

En dernier lieu, M. Bucher manifeste son hésitation quant à la suppression du paragraphe 4 de l'article 25, dès lors que les débats ont montré que le paragraphe 2 ne donnait pas entière satisfaction, notamment au regard des jugements qui ont déployé leurs effets mais qui sont finalement soumis à un moyen de recours les suspendant. Il convient de revoir le problème.

Mr Herrup (United States of America) was concerned about two situations. The first was that in which a judgment was based on white list grounds of jurisdiction, although it was never specifically identified as such. In the second situation, the judgment was explicitly and solely based upon national law, but circumstances arose to require Convention enforcement. He said that if there were a way to deal with both situations in one clause, he would support the proposal. Mr Herrup added that the question of attaining identical enforcement in the court addressed and in the court of origin was an issue of effects and timing.

Ms Fassberg (Israel) responded that Article 25(2) was a condition, not an effect, of recognition. She asked whether the effect of recognition was determined by the State of the court addressed or by that of origin.

M. Voulgaris (Grèce) s'estime favorable à la proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 35) s'agissant de l'article 25(2) qui précise les conditions que doit remplir un jugement pour être reconnu. En effet, le jugement ne peut produire que les effets qu'il déploie dans son État d'origine. À cet égard, les termes «*final*» ou «*res judicata*» ne sont pas satisfaisants. Concernant l'article 25(4), la proposition de la Suisse est très cohérente: si l'on accepte le paragraphe 2 de cette proposition, on peut biffer le paragraphe 4.

Mme Rouchaud (Commission européenne), estimant qu'il existe peut-être un consensus sur le fond et que la difficulté ne serait que terminologique, propose la formulation retenue dans le Règlement Bruxelles II en matière de reconnaissance de jugements de divorce. Dans cet instrument, le jugement visé «ne doit plus être susceptible de recours selon la loi de l'État d'origine». Cette formulation serait selon elle de nature à permettre une réconciliation entre les partisans de l'expression «*res judicata*» et ceux qui souhaiteraient raisonner en termes de jugement «définitif» (*final*).

The Chair asked if the authors of the three Working Documents could meet to harmonise their language.

Mr Boggiano (Argentina) said that the European Commission's suggestion was inconsistent with common understanding.

Mr Shimizu (Japan) was not sure if there was agreement on the substance of the issue. He remarked that the point at which a judgment attained finality differed from country to country, and that even Working Document No 35 might not be a complete solution. He said that, in the event that the Swiss proposal were not adopted, Working Document No 39 might provide some help. Mr Shimizu felt the Article too restrictive in providing for a Contracting State's postponement of a recognition of enforcement if the judgment was still subject to review. He said the ability to postpone or reject recognition and enforcement should be left to national law.

Ms Schulz (Germany) said that Working Document No 47 was drafted before the *res judicata* discussion had taken place, so the term *res judicata* was used simply because it was the term of the preliminary draft Convention. She emphasised that enforcement was only to occur if the judgment were no longer subject to ordinary appeal in the State of origin. She said it was problematic that the preliminary draft Convention did not provide a mechanism to retract a monetary award in the event that a provisional judgment, initially enforced, were reversed on appeal. Ms Schulz noted the absence of mechanisms requiring the plaintiff to make a deposit or guarantee to prevent loss to the defendant in this situation. She suggested that, instead of *res judicata*, Article 25 might target those judgments which cannot be reversed. She could accept Working Document No 35.

Mr Herrup (United States of America) said that the language in Working Document No 37 was subject to limitation. With regard to meeting in a smaller group to discuss the language of the proposals, he noted that certain words would mean different things to lawyers from different jurisdictions.

Mr Siqueiros (Mexico) protested the amount of time spent discussing English semantics. He asked that the discussion about *res judicata* and finality be bracketed so the meeting could discuss the French term, "*choses jugées*".

Mr Möller (Finland) suggested that a small group meet to explore the varying understandings of *res judicata*.

Mr Musger (Austria) felt that the meeting was on the verge of making a policy change with regard to Article 25. He said that Working Document No 35 was fundamentally different from the present draft text in that it created an autonomous standard of when recognition and enforcement in the requested State would begin.

Mr Nielsen (Denmark) said he favoured the plain words featured in Working Document No 35.

Mr Boggiano (Argentina) shared the view of the delegation of Austria regarding the policy shift implicit in Working Document No 35.

The Chair said it was his intention to ask for small groups to draft options of the fundamental points just discussed. He favoured addressing policy and drafting after further submission of language proposals.

Mr Nygh (co-Reporter) introduced Article 26 as dealing with those judgments beyond the law. He framed the issue as the relationship between Articles 4, 18, and 26.

Mr Hartley (United Kingdom) said that Working Document No 45 could perhaps be harmonised with Working Document No 44. The United Kingdom proposal prohibited the recognition of a judgment deemed to be in conflict with an arbitration agreement. This prohibition should also apply to conflicts with arbitration awards. The United Kingdom proposal did not cover arbitration awards because it was believed that this would be dealt with by the "disconnection clause" regarding the 1958 New York Convention. He noted that Working Document No 45 was aimed at revising Article 26, whereas Working Document No 44 was aimed at Article 28. He added that if a defendant failed to invoke the arbitration agreement, but contested the claim on its merits, the defendant should not be able to resist enforcement on the basis of the arbitration agreement.

Mr Hu (China) agreed substantively with the proposal that a judgment based on a ground of jurisdiction in conflict with Article 4 should not be recognised or enforced under the Convention. He said that Article 4 provided exclusive effect only according to agreement of the parties. He said that if both parties agreed upon the choice of forum but not to its exclusivity and the court of the Contracting State, exercising white list jurisdiction, came to a judgment not in conflict with Article 4, the judgment could be recognised and enforced. Mr Hu added that he agreed with Working Documents Nos 44 and 45 and the proposal that judgments in conflict with arbitration awards should be excluded from the Convention's scope of recognition and enforcement.

Mr Möller (Finland) supported Working Document No 45.

Ms Schulz (Germany) agreed in substance with both Working Documents No 44 and No 45. She added that any reference to arbitration clauses should be dealt with in Article 26, since it was already structured around a list of obstacles to recognition and enforcement. Ms Schulz said that the second element of the Swiss proposal, dealing with arbitration awards which already exist but are put into conflict with a new judgment, should be placed in Article 28. She noted the relationship between Article 26 and Article 5. She said it would not be fair if a defendant submitted to a court without raising any objection, then upon receipt of an unfavourable judgment, suddenly protested on the grounds that an arbitration clause had existed. Ms Schulz said this was impermissible. She insisted that Article 26 be redrafted with caution.

Mr Nygh (co-Reporter) answered the Article 4 question from the delegation of China by saying that unless parties agreed otherwise, Article 4 choice of forum was exclusive. If parties decided that the chosen court was not exclusive, they would not likely protest the case being brought elsewhere. The problem raised by Mr Hu was thus unlikely to arise.

Mr Kovar (United States of America) said Working Documents No 44 and No 45 did not seem necessary. He held the real issue to be the conflict between a court judgment and an enforceable arbitration agreement or award. He noted that the 1958 New York Convention remained the standard measure of enforceability of arbitration matters in over 120 countries. He said that a party to an enforceable arbitration agreement or award cannot obtain a conflicting court judgment and expect enforcement thereof. This would be a clear violation of the New York Convention. Mr Kovar thus found the Working Documents unnecessary and said that it was the understanding of arbitration experts in the United States of America that the preliminary draft Convention would not encroach upon the New York Convention.

Mr Kovar then raised the issue of arbitration awards with regard to consumers. He said that in the United States of America, the Federal Arbitration Act did not make a distinction between business-to-business and business-to-consumer arbitration agreements. He asked whether this was different in Europe, noted the difficulties associated with this issue and again emphasised that arbitration and related matters be excluded from the scope of the Convention.

Mr Sajko (Croatia) admitted a slight preference for Working Document No 44.

M. Bucher (Suisse) souligne que la proposition de la délégation de la Suisse contenue dans le Document de travail No 44 n'entend évidemment pas entrer en conflit avec la Convention de New York de 1958 sur l'arbitrage. Il indique qu'il y a toutefois des problèmes de relations entre les Conventions, auxquels les milieux de l'arbitrage ne répondent pas. La Convention de New York ne résout pas, au demeurant, tous les problèmes: si elle vise la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et la validité des conventions d'arbitrage en la forme (art. II), elle laisse de côté la question des jugements rendus par les juridictions étatiques en dépit d'une convention d'arbitrage. La proposition du Document de travail No 44 consiste à manifester clairement, outre le respect traditionnel des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales, le refus de reconnaissance des jugements étatiques rendus en méconnaissance d'une convention d'arbitrage (valable selon le juge de l'État requis, même si le juge de l'État d'origine du jugement ne la considère pas comme telle). En définitive, la proposition contenue dans le Document de travail 44 ne tend qu'à faire le lien avec le domaine de l'arbitrage, sur lequel elle n'empiète pas.

M. Bucher concède par ailleurs qu'il existe bien un lien avec la « clause de déconnexion » qui sera incluse dans la Convention: il conviendra bien entendu de réserver le jeu de la Convention de New York de 1958. Toutefois, une telle clause ne permet pas de résoudre les questions susmentionnées.

Réagissant enfin à l'intervention de la délégation de l'Allemagne, M. Bucher indique qu'à son sens, dans le cas où le défendeur intervient à l'instance juridictionnelle introduite en dépit d'une clause arbitrale sans invoquer cette dernière pour s'y opposer, l'attitude des plaideurs s'analyse en une renonciation bilatérale au bénéfice de ladite clause. Il ne sera donc

plus possible d'invoquer ensuite cette dernière dans le but de s'opposer au jugement.

Mr Dogauchi (Japan) supported both Working Documents No 44 and No 45. He said that if arbitration matters were incorporated into Chapter III, it would then be necessary to modify Chapter II in order to limit obligations of white list jurisdiction. The exclusion of arbitration and related proceedings found in Article 1(2) *g)* of the preliminary draft Convention would also need reconsideration. It could perhaps be supplemented with a Chapter I provision that "this Convention shall not affect the effect of arbitration agreements or arbitral awards".

Mr Hartley (United Kingdom) conceded that according to Article 1(2) *g)* arbitration should be excluded from the scope of enforcement under the Convention. He noted, however, that the provision did not say arbitration could not be recognised. He also said that the 1958 New York Convention was not clear on these points and did not provide an express rule for cases in which a court wrongly assumed jurisdiction then issued a judgment contrary to an arbitration agreement.

M. Voulgaris (Grèce) estime que les deux Documents de travail concernant la question de l'arbitrage et de la reconnaissance et l'exécution des jugements pourraient être utilement combinés. Ainsi, la proposition contenue dans le Document de travail No 45 ne peut qu'être approuvée dans la mesure où les clauses ou conventions d'arbitrage affectent la compétence directe du juge de l'État d'origine; il importe donc de les mentionner dans le cadre de l'article 26. En revanche, le problème de la reconnaissance d'une décision inconciliable avec une sentence arbitrale concerne bien l'État requis et devra être mentionné au sein de l'article 28. En conséquence, il serait possible d'admettre la proposition contenue dans le Document de travail No 45, proposé par la délégation du Royaume-Uni, ainsi que le deuxième membre de phrase proposé dans le Document de travail No 44, proposé par la délégation de la Suisse.

Mr Musger (Austria) said Working Document No 45 was shorter and might be necessary if part of Article 5 were eventually deleted or modified to address the effects of non-invoking arbitration agreements. He asked if the distinction between arbitration agreements and arbitration awards in Working Document No 44 was entirely necessary. He felt that only the former warranted mention, since any award granted would have first sprung from an agreement. He also questioned the phrasing "irreconcilable with an arbitral award rendered in the State addressed". This would also cover situations where such award was void or voidable under the law of the State addressed.

Mr Hu (China) said that the debate on recognition and enforcement of arbitration agreements and awards could be extended to include matters already settled by any legal means. He raised the question of recognition and enforcement of authentic instruments that were in conflict with later judgments.

Mr Kovar (United States of America) regretted that he must continue to oppose the Swiss and United Kingdom proposals. He suggested that the meeting invite international arbitration experts to aid in clarifying the scope of the 1958 New York Convention if necessary. Mr Kovar conceded that it was conceivable that the New York and Hague Conventions could someday be harmonised to more fully address the issue of enforcement of arbitration agreements and awards, but cautioned that it was not yet advisable to absorb arbitration matters into the text of the preliminary draft Convention.

Finally, Mr Kovar expressed unease with the preceding suggestion that conflicts with matters settled by any legal means should also be included within the scope of Chapter III. He said that the next logical step would be to include judgments in conflict with conciliation, mediation, and all forms of alternative dispute resolution. He felt that, unless such settlements were transformed into court orders, they should remain outside the scope of recognition and enforcement provisions.

Mr Boggiano (Argentina) reminded the meeting that the Commission had long taken the position that arbitration matters would not be considered. He said the Commission had appreciated the relationship between arbitration and State judgments, but wanted to avoid conflict between the 1958 New York Convention and its own Convention. He did not disagree with Working Documents No 44 and No 45. He did fully agree with the delegation of Germany's suggestion that the meeting revisit Article 5 and look to the whole structure of the preliminary draft Convention. He said that significant revision was achievable but expressed scepticism about whether the idea of appealing all arbitral problems should come into the scope of the meeting's discussion.

Mme Kessedjian (International Law Association) souligne la difficulté de la question. Elle informe les délégués que de nombreuses réunions se sont tenues sur ce thème, durant les deux dernières années, entre les praticiens de l'arbitrage et les spécialistes du contentieux privé international. Ces réunions ont mis à jour des questions délicates qui ne sont pas réglées par les propositions présentées aujourd'hui. Ainsi, aucune raison ne justifie que l'on fasse prévaloir, par exemple, la loi du tribunal requis s'agissant de la validité d'une clause d'arbitrage. Elle reconnaît que la Convention de New York de 1958 ne règle pas ces questions alors que la Commission spéciale avait décidé de les exclure. Elle demande toutefois si la Conférence peut prendre une décision sur ces problèmes, sans surprendre les milieux qui y réfléchissent actuellement. Elle rappelle la suggestion faite à l'époque d'un travail conjoint de la Conférence avec les organisations concernées, compte tenu des accords qui lient la Conférence à ces organisations.

Mr Möller (Finland) replied that the meeting was not in fact embarking on a change in policy. He said that, in line with the wishes of the international arbitration community, the meeting would not deal with arbitration. He said the provisions of Working Document No 45 should be placed in Article 28 instead of Article 26. Mr Möller said the 1958 New York Convention should lie beyond modification, since it had too many Contracting States relying on its long-standing provisions. He found the language in Working Document No 45 clearer than that of Working Document No 44. He said that modifying Article 28 to include the phrase, "may be refused" would not constitute full handling of arbitration matters. It would be a short, limited proposal. Mr Möller said he would oppose anything more involved than this.

Mr Liew (Republic of Korea) supported Working Documents No 44 and No 45, which paid proper deference to arbitration as a useful alternative dispute resolution tool, separate from court decisions. He drew attention to the wide scope of "arbitration and proceedings related thereto" in Article 1(2) *g)*, saying that it did not resolve problems at the enforcement stage. He asked what would happen if a court decision were made on provisional remedies supporting arbitration. He warned of unforeseen implications that could result from drafting an overly-detailed Article.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that the meeting should not involve itself with the subject matter of the 1958 New York Convention or try to fill any gaps between it and the preliminary draft Convention. He noted that the New York Con-

vention did not apply to all arbitration agreements. He gave the example of a United States corporation entering into a contract with a foreign partner that stipulated a choice of New York state law along with an arbitration clause valid under the New York Convention. If the foreign partner sued in a foreign court that found that, according to its national law, the New York Convention did not apply, could the judgment be brought to the United States of America for enforcement? Or would the United States court be able to say that, under its applicable law, the New York Convention did apply and thus the arbitration clause was valid?

M. Bucher (Suisse) souligne que la complexité d'un sujet n'est en aucun cas un argument pouvant justifier son exclusion de la Convention, qui traite de nombreux sujets délicats. Il est absolument nécessaire, selon lui, de débattre de la question.

M. Bucher indique par ailleurs que la position prise par la Commission spéciale n'est pas déterminante dans la mesure où les délégués peuvent, dans le cadre d'une Commission à caractère diplomatique, prendre des positions différentes en tant que représentants de gouvernements. Il ajoute que le Tribunal fédéral suisse a décidé qu'il convenait de tirer les conséquences, sur le plan de la reconnaissance et de l'exécution, du non-respect par un jugement étranger d'une clause d'arbitrage considérée comme valable en Suisse.

Il exprime son désaccord avec la position exprimée par la délégation de l'Argentine et insiste sur le caractère très modeste de la proposition, lequel justifie qu'une discussion soit menée sur ce point. Il invite les délégués à y réfléchir.

M. Tell (Commission européenne) estime qu'il est aisé de comprendre l'hésitation de la délégation des États-Unis d'Amérique au regard de la Convention de New York de 1958. Il indique toutefois que la proposition contenue dans le Document de travail No 45 constitue une base très utile pour la réflexion. En outre, décider de ne pas traiter de la question des jugements rendus en dépit de l'existence d'une clause d'arbitrage ou des jugements inconciliables avec des sentences arbitrales revient, dans un certain sens, à régler le problème (négativement). Il convient selon lui de réfléchir au problème et de tenter de le résoudre positivement, le cas échéant à partir des propositions des milieux intéressés.

M. Tell relève que la CNUDCI travaille actuellement à une refonte de l'ensemble du droit de l'arbitrage qui pourrait mener à une révision de la Convention de New York. Il indique que, de ce point de vue, des rapprochements sont souhaitables, afin d'éviter tout doublon.

En outre, M. Tell souligne que la nécessité de trancher la question est accrue si l'on privilégie une liste fermée des motifs de refus de reconnaissance. En effet, la Convention de New York ne s'appliquant pas sur ce point, on pourrait arriver à obliger un juge à donner effet à des décisions inacceptables selon le droit de ce for.

Mr Kovar (United States of America) said that full exploration of the preliminary draft Convention's potential regarding arbitration enforcement required a greater level of work and commitment than the meeting could afford at that time. He addressed Mr Goddard's hypothetical, saying that there would not have been a problem if the difference were based on differing interpretations of the 1958 New York Convention. Mr Kovar supported the caution of the delegations of Japan, Argentina and Germany regarding the consequences of changing the jurisdictional provisions. He also raised the issue of cases where arbitration clauses were treated differently among parties in different States.

M. Prujiner (Canada) indique que l'incursion en matière d'arbitrage est certes utile s'agissant de la question de l'effet des jugements étrangers. Pour autant, il se demande si une telle intervention est nécessaire. La question est d'autant plus délicate qu'elle pourrait conduire à donner à la validité d'une convention d'arbitrage une réponse différente de celle que lui apporte la Convention de New York de 1958. Il invite à la réflexion sur ce point et souligne que les tribunaux du pays d'accueil peuvent toujours apprécier la validité des décisions étrangères en référence à leur droit commun plutôt qu'en application de la future Convention de La Haye.

Mr Hartley (United Kingdom) replied to Mr Kovar's warning about undermining the 1958 New York Convention, saying that complete failure to address these arbitration matters in the emerging Convention text would be more problematic. He said the meeting should deal with arbitration as it related to judgments. He said Article 1 as it stood was insufficient to resolve the question of how to handle arbitration and related procedures.

Mr Kovar (United States of America) agreed the preliminary draft Convention had never required enforcement of arbitration settlements. He added that in fact it had always been his understanding that arbitration and related matters were completely excluded by Article 1(2) *g)*.

The Chair closed the discussion by observing consensus that the Article 26 qualifications needed re-examination and that the arbitration issue might be clarified by some informal discussions between Mr Hartley and Mr Bucher. He asked that they submit some further text which, while possibly fated for bracketing, would aid the meeting in its subsequent discussion.

The meeting was closed at 1.15 p.m.

Procès-verbal No 9

Minutes No 9

Séance du lundi 11 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Monday 11 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.45 p.m. Mr Smith was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair opened the meeting by reminding the delegations of the need to read out the text of the proposed changes to the preliminary draft Convention when submitting Working Documents in one language only, so that the interpreters could provide the rest of the meeting with an unofficial translation.

He observed that there were no Working Documents suggesting changes to Article 27 of the preliminary draft Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) introduced the discussion on the issue of verification of jurisdiction by indicating that the Report of the preliminary draft Convention dealt with the question at paragraphs 319 to 324. He noted that no question seemed to have arisen on this issue during the informal meetings. Finally, he observed that Working Document No 23 introduced by the United Kingdom intended to add a new provision to the Convention but concerned in reality another issue.

The Chair assumed that there was a consensus on Article 27 as it is found in the preliminary draft Convention. He invited the meeting to comment on Article 28 dealing with the grounds for refusal of recognition or enforcement.

Mr Nygh (co-Reporter) introduced the discussion on the issue of the grounds for refusal of recognition or enforcement by reminding the meeting that the Report of the preliminary draft Convention dealt with the problem at paragraphs 325 to 351. He mentioned Working Document No 38 put forward by the United States of America and noted that the Report of the preliminary draft Convention stated that the list of grounds for refusal is exhaustive. He also noted that, according to Article 28, the refusal of recognition or enforcement was optional since this provision stated that the court addressed "may" refuse recognition. He observed that the grounds for refusal mentioned in paragraph 1 *a)* and *b)* had not been challenged and did not seem to raise any controversy. The next ground for refusal, appearing in paragraph 1 *c)*, was the object of Working Document No 51 submitted by China, which suggested deleting the ground in its entirety. Working Document No 25 initiated by the Republic of Korea and Japan concerned the possibility to refuse recognition or enforcement in case of a problem with the service of process of the documents instituting the proceedings. This proposal required the service to comply with the law of the State where the service took place for recognition and enforcement to be awarded. Finally, Working Document No 14 introduced by Belarus suggested a change to the last ground for refusal appearing in Article 28(1)*f)*.

The Chair suggested starting the discussion with the chapeau of Article 28 and then to move on to the next paragraphs. He invited comments on the suggestion made in Working Document No 38 to add the word "only" in the first sentence of Article 28(1).

Mr Kovar (United States of America) explained that the suggestion made in Working Document No 38 intended to make it absolutely clear that the list of grounds for refusal was exhaustive. He acknowledged that the Report of the preliminary draft Convention already mentioned the exhaustive nature of the list of refusal grounds. However, the addition suggested by the Document would preclude a court from reading something else into the text of the Convention.

The Chair invited comments on this proposal.

Mr Wagner (Germany) noted that in principle there was a consensus in the meeting that the list of grounds for refusal in Article 28 was exhaustive. He mentioned however the following problem to illustrate the danger of the suggestion made in Working Document No 38. If a defendant who is ordered to pay an amount of money executes the decision partially or in whole, and the plaintiff later on requests the full enforcement of the judgment in another country, most national laws provide for a solution barring the plaintiff from receiving more than what the court of origin granted. The court addressed however could be prevented from relying on its national law to deny enforcement if Article 28 states that the list of the grounds for refusal is exhaustive. He asked that at least an explanation be provided in the Report of the future Convention for this issue.

M. Bucher (Suisse) explique qu'un autre problème se pose. En effet, selon lui, l'article 33 contient un autre motif de refus de reconnaissance. Il indique que la solution pourrait être que l'article 28 réserve le cas prévu par l'article 33. Il ajoute que cela alourdirait toutefois quelque peu la rédaction de l'article 28.

Mr Philip (Denmark) agreed with the fact that the list of grounds for refusal in Article 28 should be exhaustive. He observed however that it would be peculiar to mention this expressly in Article 28 because at the same time Article 26 already provides that some judgments may be denied recognition or enforcement under the Convention. The combination of both provisions could raise difficulties and would need to be further examined at the drafting stage.

Mr Nielsen (Denmark) commented on the issue raised by the Delegate of Germany and noted that the question should not be dealt with in the Convention as it is addressed by each national law.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the observation made by the Delegate of Denmark concerning the issue raised by Germany. He suggested that a special mention should be made in the Report of the problem of the enforcement of judgment by other means. He further asked the Delegate of Denmark to clarify the problem of the relationship between Articles 26 and 28. Finally, he remarked that Article 33 should not be considered to be a ground for refusal proper since it required the court addressed to recognise the decision at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed. Hence no question arose due to the exhaustive character of Article 28.

Mr Philip (Denmark) answered that he had no objection in principle to the addition of the word "only" in the chapeau of Article 28 but suggested reviewing the wording of Article 26 or merging the two provisions to avoid possible confusion.

Ms Schulz (Germany) noted that the question raised concerning double enforcement of a judgment was indeed addressed in most national laws. However, if Article 28 was to include the word "only", the court addressed could be precluded from relying on the solution of its national rules. This was in particular troublesome since national laws provide for different solutions to the problem of double enforcement. In some countries, this issue is dealt with at the stage of enforcement while in others this issue had to be raised at the (preceding) stage of declaring the judgment to be enforceable. In the latter case, the exhaustive character of Article 28 could be invoked to bar application of national law. A mere mention of the problem in the Explanatory Report would therefore not be sufficient to deal with the problem.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il approuve l'observation rédactionnelle formulée par la délégation du Danemark. Toutefois, poursuit-il, la structure générale de la Convention n'étant pas encore définitivement arrêtée, ce point pourra être réexaminé ultérieurement. M. Bucher explique ensuite que le problème soulevé par la délégation de l'Allemagne a trait, selon lui, davantage à la procédure d'exécution et ne relève par conséquent pas du champ d'application de la Convention. Enfin, il remarque qu'il est en désaccord avec l'interprétation de l'article 33 donnée par la délégation des États-Unis d'Amérique. À la lecture de cette disposition, il apparaît clairement qu'il s'agit bien d'un motif de refus de reconnaissance d'un jugement. Il ajoute qu'il convient d'être très attentif aux pro-

Procès-verbal/Minutes No 9

blèmes qui pourraient se poser si la liste des motifs de refus de reconnaissance d'un jugement mentionnée à l'article 28 devait être considérée comme exhaustive.

The Chair observed that there was no consensus on the addition of the word "only" in the chapeau of Article 28. The additional word would therefore be left in brackets in the provision.

Mr Philip (Denmark) replied that there seemed to be a consensus on the substance of the issue and that the only differences concerned the drafting of the provision. He suggested therefore including the word "only" without brackets.

The Chair remarked however that a sufficient consensus had not emerged to add the word "only" without brackets. He further noted that the grounds for refusal listed in Article 28(1) *a)* and *b)* did not raise any difficulty. Working Document No 51 (China) suggested however deleting altogether letter *c)* of the same paragraph. Working Document No 38 (United States of America) suggested a drafting change to the same provision.

Mr Hu (China) introduced Working Document No 51 by explaining that the proposal contained two elements. In the first place it suggested deleting the reference to the independence and the impartiality of the court found in paragraph 1 *c)* of Article 28. Mr Hu acknowledged the need to avoid granting effect under the Convention to what is essentially a miscarriage of justice. He noted however that leaving the impartiality and independence of the court of origin to be verified by the court addressed would be extremely problematic both in a technical and political sense and would also run counter to the aim and purpose of the Convention. He doubted whether it would be possible to find an agreement on the definition of impartiality of a court. He added that the existence of this ground for refusal could encourage the unwarranted and ungrounded attack on the impartiality and independence of the court of origin by the losing party and delay considerably the recognition or enforcement of the decision. Allowing the court addressed to inquire into these questions would wholly defeat the mutual trust and confidence among the courts of the Contracting States, which are indispensable for the successful implementation of the Convention.

Mr Hu recognised that the wording of paragraph 1 *c)* found its origin in Article 14 of the 1966 *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, which provides that "everyone is entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law". He noted however that the Covenant purported to grant each country the right to organise its judiciary as it wished. This question should be considered to be a purely internal matter. He went on to say that the Convention should be based on a presumption that all courts of Contracting States are equally independent and impartial. It would be harmful for the future of intercountry co-operation to suggest during the negotiations that a doubt could be entertained concerning the independence of the judiciary of other States. While he understood the concerns of some countries, he suggested deleting the reference to the independence and impartiality in paragraph 1 *c)*. For the unfortunate cases of miscarriage of justice, recourse could be had to the public policy exception, for example when a judge is manifestly unduly influenced.

Turning to the second element of Working Document No 51, Mr Hu explained that the intention was to delete the reference to the fundamental principles of procedure for it appeared to be redundant. He noted that sub-paragraphs *d)* and *e)* of Article 28(1) already provided sufficient control on fundamental procedural issues either in specific or general ways. Further, the public policy reservation could also be invoked in case of a fundamental flaw in the procedure of the State of origin. He also argued that the distinction between the substantive and the procedural aspects of public policy was merely an academic one and should not be introduced in a Convention that will in the first place be used by practitioners. Finally he observed that the reference to the fundamental principles of procedure would go against the general goal of the Convention which aims to improve the recognition and enforcement of foreign judgments. While Working Document No 51 suggested the entire removal of paragraph 1 *c)*, he stated that his delegation was in particular concerned with the reference in the last part of this provision to the impartiality and independence of the court of origin.

Mr Kovar (United States of America) introduced Working Document No 38 by explaining that it purported to make some drafting changes to Article 28(1) *c)*. The suggested amendment to sub-paragraph *c)* was intended to clarify the English version of this provision. He noted that the present text seemed to require a causation analysis between the judgment and the fundamental principles of procedure. He argued that the Convention should not require such an analysis, nor give the impression it does.

Mr Kovar also thanked the Delegate of China for his explanations regarding the difficulties raised by Article 28(1) *c)*. He replied however that it would be difficult to delete this provision altogether and replace it with the public policy exception because both provisions really aimed at different concerns. The concept of fraud mentioned in sub-paragraph *e)* of Article 28(1) covered unique circumstances related to a particular situation. The public policy exception aimed at fundamental differences in policy related to the substantive law of the case and should further be very narrowly confined to the most important issues. He further observed that the notion of fundamental principles of procedure was common to most countries, albeit in a different terminology such as "due process" or "natural justice". Sub-paragraph *c)* was needed to ensure that in the most extreme cases where the procedure followed by the court of origin was manifestly incompatible with basic notions of procedural justice, the Convention did not require the court addressed to give effect to the judgment. He accepted however that the drafting of the provision would need further work and invited the delegations to suggest improvements.

M. Tell (Commission européenne) indique qu'il est nécessaire de clarifier l'articulation des articles 25, 26 et 28. Il ajoute que l'article 28(1) *c)* lui paraît indispensable car ce dernier permet de contrôler que les droits de la défense ainsi que l'impartialité de la procédure ont été respectés devant le tribunal qui a rendu le jugement dont la reconnaissance est requise. Il s'associe, par ailleurs, aux observations formulées par la délégation des États-Unis d'Amérique pour assurer la délégation de la Chine que cette disposition ne saurait nullement permettre une ingérence dans le mode de fonctionnement des tribunaux des États contractants. Enfin, M. Tell explique qu'il approuve le choix de la Convention de dissocier l'ordre public au sein de motifs distincts car cela permet notamment d'insister sur l'aspect procédural de cette notion.

Mme Borrás (Espagne) approuve la position de l'Observateur de la Commission européenne quant à la dissociation des différents motifs d'ordre public en ce que cela permet d'assurer la spécificité du contrôle exercé. Elle ajoute qu'un tel contrôle garantit l'indépendance et l'impartialité du juge dont la décision est appelée à être reconnue ou exécutée.

Mr Dovgert (Ukraine) expressed support for the proposal made by the delegation of China and shared the concerns behind Working Document No 51. He noted that the public policy reservation of Article 28(1) *f)* already included most

of the concepts which the letters *c)* and *d)* of the same provision aimed to protect. In this respect, a specific reference to the impartiality and the independence of the tribunal seemed superfluous.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed that in theory the public policy reservation could cover the grounds for refusal mentioned in letters *c)* and *d)* of Article 28(1). He argued however that it would not be a good choice to leave these specific procedural issues to be taken care of by the general public policy reservation. He further noted that the drafting of sub-paragraph *c)* could be improved, in particular to make it clear that the mere fact that the procedure followed in the court of origin differed from that of the court addressed was not sufficient to deny recognition or enforcement. This was mentioned in the Report of the preliminary draft Convention but could also be incorporated in the provision itself to meet some of the concerns raised during the debate.

The Chair noted that in the absence of a clear consensus on the suggested change, the provision would have to be put in brackets.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il lui semble que la délégation de la Chine serait disposée à admettre que seul le second membre de la phrase figurant à l'article 28(1) *c)* soit supprimé.

The Chair noted that the authors of Working Document No 51 had indeed shown a certain degree of flexibility. He inquired therefore whether they would be willing to abandon part of their proposal and advocate only the deletion of the last part of Article 28(1) *c)*.

Mr Hu (China) replied that his delegation was willing to show some flexibility and to accept a different treatment for the reference to the fundamental principles of procedure on the one hand and to the right to an independent and impartial tribunal on the other hand. However at this stage it seemed premature to take a final decision. He would therefore not withdraw Working Document No 51.

The Chair noted that the whole provision should be placed between brackets. The meeting would come back on this issue later if further Working Documents were submitted. He also noted that there were no further observations on Article 28(1) *c)*. He then asked the meeting to consider Working Document No 25 introduced by Japan and the Republic of Korea. This Document suggested adding new language to Article 28(1) *d)*. The meeting would also have to consider Working Document No 53 introduced by the Netherlands.

Mr Dogauchi (Japan) introduced Working Document No 25 by explaining that it was the result of a joint effort by his delegation and the delegation of Korea. He noted that according to Japanese case law, a foreign judgment may be denied recognition when the service of process took place in a manner not consistent with Japanese law. Working Document No 25 would allow a State to refuse recognition or enforcement when the document instituting proceedings had not been served in accordance with the law of the State where notification took place. In most cases the State where service of process was effected would also be the State addressed. The service of process could however also take place in a third State.

He further explained that Working Document No 25 provided for a second option, which limited the ground for refusal to the case where the applicable international convention was violated. He referred in particular to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* and mentioned that some States Parties to this Convention have made reservations as to certain methods of service. The addition suggested in Working Document No 25 would make it possible to sanction a violation of these Conventions by denying recognition or enforcement.

Mr Shimizu (Japan) explained that the State addressed should not be placed under any obligation to recognise or enforce a foreign judgment when the service of process of the document instituting proceedings was effected in violation of its rules. He further referred to the possible liability of States under international law when it was shown that they have enacted a rule contravening their international obligations.

Mr Kovar (United States of America) explained that Article 28(1) *d)* was the result of a carefully negotiated and crafted compromise which Working Document No 25 would risk to undo. It would be unwise in his opinion to link this provision to the 1965 Service Convention because experience has shown that national courts have given different interpretations of the rules of this Convention. He added that the goal of the ground for refusal under discussion should be to protect the defendant and guarantee that he is given sufficient time to prepare his defence. He invited the meeting to ensure that the Convention would meet this substantial goal rather than refer to formal rules found in national laws or international conventions, which could give rise to diverging interpretations.

Mr Nielsen (Denmark) agreed with the intervention of the Delegate of the United States of America. He reminded the meeting that Article 28(1) *d)* had been drafted so as to avoid any reference to the local law of the court addressed on service of process. He could therefore not support the suggestion made in Working Document No 25.

Mr Liew (Republic of Korea) acknowledged that the rationale behind Article 28(1) *d)* was to protect the defendant's right to present its case in a fair manner and not to safeguard the sovereignty of the State where the service of process took place. He added however that this provision, as found in the preliminary draft Convention, would require a State to recognise or enforce a foreign judgment even if the service of process had been grossly negligent and would constitute a manifest violation of the rules of the State addressed. He reminded the meeting that some States had made reservations as to the private methods of service of process authorised under the 1965 Service Convention. Working Document No 25 therefore suggested giving the court addressed a discretion to refuse recognition or enforcement in the case of a gross violation of due process arising out of a defective service of process. He finally noted that the public policy reservation was not suited for this kind of case because grounds for refusal should be tailored to specific circumstances.

Mr Shimizu (Japan) sought a clarification as to the future operation of the Convention. He inquired whether the court addressed could invoke a violation of its public policy to deny recognition or enforcement when the service of process was effected in the State addressed in violation of its sovereignty. He added that a mention of this issue in the Report accompanying the future Convention could prove most helpful.

Mr Nygh (co-Reporter) referred to paragraph 337 of the Report of the preliminary draft Convention to underline the fact that under Article 28(1) *d)* of the Convention, the issue of notification was a pure factual question. As stated in the Report, the condition put forward in Article 28 raises a factual issue. No reference should therefore be made to compliance with the rule of services contained either in national laws or international instruments such as the 1965 Service Convention.

Procès-verbal/Minutes No 9

Mr Shimizu (Japan) replied that in this case, Japan would not withdraw the suggestion made in Working Document No 25.

M. Voulgaris (Grèce) considère que les exigences des délégations du Japon et de la Corée sont couvertes par l'article 28. En effet, cet article permet, selon lui, à un État contractant de reconnaître un jugement dès lors que l'acte introductif d'instance a permis de garantir les droits du défendeur et notamment lorsque les formes requises par l'État auprès duquel la reconnaissance est sollicitée ont été respectées. Ainsi, le but poursuivi par la proposition contenue dans le Document de travail No 25 lui semble déjà atteint en l'état actuel de la Convention.

Mr Nygh came back to the question raised earlier by the Delegate of Japan. In substance, the question is whether the State addressed can rely on the public policy reservation to deny recognition or enforcement to a decision when the service of process constituted a gross violation of the sovereignty of the State addressed. He doubted whether the mere fact that the service of process violated the rules of the State addressed could be deemed to constitute a gross violation of its sovereignty. Even in the presence of such a violation, it would be difficult to say whether or not this would also amount to a violation of its public policy. The notion of a gross violation of sovereignty was really too subjective to allow a clear and general answer. In any case, Article 28(1) *d)* in its present form was drafted to avoid any specific national rules.

The Chair invited other comments on Working Document No 25.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed support for Article 28(1) *d)* as found in the preliminary draft Convention. He doubted whether the public policy reservation could be invoked when the document instituting the proceedings had been served in sufficient time to allow the defendant to prepare his defence even if the service had been effected in violation of a particular rule of the court addressed. He advised the meeting to keep a factual standard in Article 28 and cautioned against using a combined reference to both a factual and legal standard to examine the service of process. An approach of this kind would make it much more difficult to obtain recognition and would hence be contrary to the thrust of the Convention.

M. Bucher (Suisse) estime que la proposition japonaise et coréenne contenue dans le Document de travail No 25 est utile car elle met en exergue la nécessité de respecter les conventions internationales et notamment la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*. Il ajoute que l'utilité de cet instrument se verrait d'ailleurs compromise si un jugement rendu en violation de ses prescriptions pouvait néanmoins être reconnu en vertu de la future Convention. Il explique ensuite que le respect des instruments internationaux relatifs à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civiles et commerciales est une exigence prévue par l'article 20(2) de la Convention. Toutefois, ajoute-t-il, la notion « d'atteinte à la souveraineté » à l'instar de la notion de « *gross violation* » est une notion susceptible de faire l'objet d'interprétations très diverses. M. Bucher cite ensuite l'exemple de la Suisse où la notification par voie postale est en principe considérée comme une atteinte à la souveraineté. Il explique que les formalités particulières requises en matière de notification et notamment le recours à un huissier ont vocation à attirer l'attention du défendeur sur l'importance de l'acte. Or, poursuit-il, la rédaction actuelle de la Convention manque de clarté à ce sujet et risque par conséquent de permettre que toutes les exigences relatives à la forme de la signification soient contournées. Enfin, il estime que les divergences d'interprétation de la Convention de La Haye relative à la signification et à la notification stigmatisées par la délégation des États-Unis d'Amérique ne sont pas rédhibitoires.

Mr Shimizu (Japan) explained that under Japanese law service of judicial documents by postal method without prior approval by the Japanese Government was not allowed and would be regarded as an infringement of the sovereignty of Japan. He then asked why the Convention should require Japanese courts to give effect to foreign decisions that had been obtained in violation of Japanese rules on service of process.

Mr Liew (Republic of Korea) explained that his delegation had two concerns with the issue of service of process under the Convention. The first one related to the use of some private methods of service which Korea did not recognise. The second one concerned the service of process effected directly on a foreign subsidiary of a company. He noted that the latter constituted real perversions of the 1965 Service Convention. He did not exclude that in these cases, the service of process constituted an infringement of the sovereignty of the State where the service is effected.

M. Hoscheit (Luxembourg) explique que la question posée est celle de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs que l'on souhaite conférer au juge de l'exequatur. Il indique qu'il s'agit par conséquent de trancher en faveur soit d'un contrôle léger, soit d'une vérification intégrale de la procédure. La proposition japonaise et coréenne contenue dans le Document de travail No 25, ajoute-t-il, tend à instaurer un contrôle très étendu, ce qui est inutile car la régularité de la procédure a déjà été vérifiée lors de l'instance dans l'État d'origine. Ensuite, il indique que la rédaction actuelle de la Convention permet de garantir de façon suffisante le respect des droits fondamentaux de la défense. Enfin, M. Hoscheit explique qu'il lui semble contestable qu'un défendeur qui aurait comparu à la suite d'une notification irrégulière et qui aurait accepté de se défendre au fond, puisse par la suite contester la régularité de la procédure lors de l'instance en exequatur.

M. Voulgaris (Grèce) s'étonne que la discussion perdure car, selon lui, la mention « de telle manière qu'il puisse se défendre » figurant à l'article 28 ne prête aucunement à confusion. En effet, pour lui, celle-ci permet de s'assurer que les droits de la défense ont été garantis ou bien, dans le cas contraire, que le défendeur a été en mesure de refuser la compétence du tribunal saisi. Il indique, par ailleurs, qu'un contrôle trop approfondi de la procédure suivie à l'occasion du jugement rendu dans l'État d'origine, risque de conduire à une révision au fond de ce dernier.

Ms Schulz (Germany) reminded the meeting that, in contrast with the counterpart provision found in the Brussels Convention, Article 28(1) *d)* was intended to apply to all judgments and not only to default judgments. She also noted that the relevant provision of the Brussels Convention had become in practice a major impediment for the recognition and enforcement of foreign judgments. In some cases, recognition had even been denied because of a minor error in the formal process of service of the document. She added that Article 28(1) *d)* might turn out to be a real obstacle to recognition because it would apply even when the defendant had appeared and proceeded on the merits. Requiring further compliance with the national or international rules on service of process would only serve to defeat the purpose of the Convention which was to facilitate the recognition and enforcement of foreign judgments.

She also noted that this issue was related to the question of party autonomy and that therefore the outcome of the

discussions on Article 5 also needed to be taken into account. If the Convention does not include a rule granting jurisdiction to the court before which the defendant appears without contesting the jurisdiction of the court, then it might be necessary to adopt an objective test at the stage of recognition and enforcement.

Mr Musger (Austria) reminded the meeting that Article 28(1) *d)* aimed to protect the defendant and not the Member States or their laws. He explained that the Convention should not protect the defendant against minor errors in the service of process or violations of local rules when the defendant had in reality been given sufficient time to prepare his defence. Respect of local or international rules on the service of process should not be deemed imperative to obtain recognition or enforcement. He also suggested that it would be unwise to allow the defendant to invoke a defect in the service of process before the court addressed when he has appeared before the court of origin and has not contested the regularity of the service. Finally, he suggested that the ground for refusal be limited to default judgments.

Mr Herrup (United States of America) agreed with the previous interventions that the ground for refusal mentioned in Article 28(1) *d)* was meant to protect the defendant and not the States. He also stated a grave concern that recourse to the public policy reservation not proliferate as this would reduce the predictability the Convention is meant to improve.

M. Bucher (Suisse) attire l'attention des délégations sur les risques que comporte la proposition formulée par le Délégué de l'Autriche, laquelle consiste à limiter le contrôle de la régularité de la notification aux seuls cas où le jugement a été rendu par défaut. Il ajoute que le nouveau règlement européen relatif à la compétence et à la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale (Règlement du Conseil (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000), lequel prévoit une telle disposition, ne saurait pour l'heure servir de modèle car il n'est pas encore entré en vigueur. M. Bucher explique ensuite qu'il est fréquent, particulièrement dans le cadre d'une convention mondiale, qu'un défendeur comparaisse malgré l'irrégularité de la notification, notamment afin de contester celle-ci. Pour lui, la proposition du Délégué de l'Autriche conduirait à rendre un tel jugement inattaquable alors même que les droits du défendeur n'auraient pas été respectés. Il suggère enfin qu'une position intermédiaire, entre la proposition contenue dans le Document de travail No 25 et la proposition de la délégation de l'Allemagne, soit recherchée.

Mr Shimizu (Japan) explained that the States also had a vested interest in preserving its territorial sovereignty. It was therefore difficult to reduce this issue to a simple question of protection of the defendant. He added that it might be possible to address the question in another sub-paragraph of Article 8.

Mr Nielsen (Denmark) respectfully disagreed with the position taken by the delegation of Japan. He added that it would however be dangerous in a worldwide convention to limit the ground for refusal to default judgments. He also noted that account should be taken of the fact that Article 28 makes the refusal to recognise or enforce a discretionary decision. This would allow a court to grant recognition even though the service was defective when the defendant has proceeded on the merits before the court of origin without challenging the validity of the service of process. He added that for the sake of clarity, the Convention should however deal expressly with this issue.

The Chair assumed that there was a consensus in the meeting to keep the words of Article 28(1) *d)* as they are found in the preliminary draft Convention and to add the new language suggested in Working Document No 25 in brackets. He then asked the meeting to consider Working Document No 53 introduced by the Netherlands.

The Secretary General announced that an informal working group would meet in the late afternoon to consider Article 5 of the preliminary draft Convention.

The Chair asked the delegation of the Netherlands to introduce Working Document No 53.

Mr Struycken (Netherlands) explained that inspiration for the text of Working Document No 53 was found in the recent European Regulation revising the 1968 Brussels Convention (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000). The concern underlying Working Document No 53 was to avoid that defendants abuse the protection afforded by the refusal ground provided in Article 28(1) *d)*. This refusal ground recognised the need to protect defendants and provided therefore a special rule dealing with service of process. Defendants could however abuse the protection afforded to them by waiting until the stage of recognition and enforcement to challenge the validity of the service of process, even when they had the opportunity to do so before the court of origin. Mr Struycken noted that the present draft of the Convention might leave enough room to deal with this issue since under Article 28 the refusal to recognise or enforce was left to the discretion of the court addressed, whereas under the Brussels Regulation, the refusal was mandatory.

Mr Nielsen (Denmark) replied that he could support the addition of an exception clause such as that formulated in Working Document No 53 in a regional instrument such as the Brussels Convention. He doubted however that it should be included in a global convention. He added that the addition suggested in Working Document No 53 would force the defendant to challenge the judgment in a foreign country even when the service of process was grossly negligent or inadequate, for fear of losing the right to rely on the inadequacy of service at the stage of enforcement. It would not be acceptable to put such an obligation on the defendant because it would force him to organise his defence in the foreign country. He finished by explaining that he could not support Working Document No 53 because it could have the effect of negating the protection afforded to the defendant by Article 28(1) *d)*.

M. Bucher (Suisse) approuve la position soutenue par la délégation du Danemark car la logique qui préside à la proposition contenue dans le Document de travail No 53 lui semble contestable. Celle-ci, ajoute-t-il, fait en effet peser la charge de l'initiative de la contestation sur le défendeur qui a été victime d'une notification irrégulière alors qu'il conviendrait, selon lui, que ce dernier soit protégé. Il explique, par ailleurs, que le terme « recours » lui paraît manquer de précision, car il est susceptible de recouvrir des procédures très diverses. Il indique que l'exercice d'un recours peut en outre se révéler être une mesure dilatoire lorsque les règles de procédure de l'État d'origine ont été respectées. Il précise enfin que le défendeur sera fréquemment dans l'impossibilité d'intenter un recours en raison de la brièveté des délais généralement impartis. M. Bucher conclut que la proposition de la délégation des Pays-Bas affaiblit trop considérablement la protection du défendeur pour pouvoir être approuvée.

Ms Schulz (Germany) explained that Working Document No 53 was too far reaching in that it required the defendant to challenge the foreign judgment on any ground, even on the merits of the case. She offered an alternative proposal that would limit the possibility for the defendant to challenge the validity of the service of process at the stage of recognition or

Procès-verbal/Minutes No 9

enforcement to the cases where he had proceeded on the merits before the court of origin without raising the issue of the validity of process. In other cases, the Convention would not limit the possibility for the defendant to raise the invalidity of the service of process before the court addressed.

M. Droz (expert consultant) approuve la position exposée par la délégation de l'Allemagne car il convient, selon lui, de limiter les procédures de contestation du jugement. Il ajoute que l'article 27 (2) de la Convention de Bruxelles, lequel ouvrait très largement la possibilité de contester un jugement dès lors que la notification était irrégulière, avait été fréquemment invoqué. Il indique enfin, qu'à l'inverse de ce qui est prévu par la Convention de Bruxelles, dans le cadre d'une convention mondiale, il convient, selon lui, de ne pas limiter la faculté de contestation aux seuls jugements rendus par défaut.

Mr Möller (Finland) agreed with the observation made by the Delegate of Denmark that limiting the possibility for the defendant to challenge the validity of the service of process at the stage of recognition or enforcement to default judgments would be inappropriate in a worldwide convention. He also approved the suggestion made by the Delegate of Germany and noted that it would be a balanced compromise to limit the cut-off rule to the cases where the defendant has proceeded on the merits and has neglected to challenge the issue of the service of process before the court of origin.

Mr Siqueiros (Mexico) noted that the grounds of refusal mentioned in paragraph 1 of Article 28 are so fundamental and important that it would not be wise to prevent the defendant from relying on one of them. Likewise he had difficulty accepting that the Convention would impose an obligation on the defendant to challenge the judgment in the State of origin when the service of process was defective.

Mr Goddard (New Zealand) observed that it might be pointless to introduce a preclusion of the possibility for the defendant to invoke before the court addressed the inadequacy of the service of process if he had neglected to do so in the State of origin. He explained that the rules of the State of origin might well grant the defendant only a limited period of time to prepare his defence even in international cases. In that case, a challenge before the court of origin would not be of any help for the defendant. He therefore cautioned against introducing new limitations in the Convention.

Mr Struycken (Netherlands) advised the meeting that the delegation of the Netherlands wished to withdraw Working Document No 53 for the time being and intended to submit a better draft in the future.

The Chair noted that there seemed to be a consensus on the text of Article 28(1) *d)* as found in the preliminary draft Convention. The meeting would come back to this issue at a later stage if new proposals were made.

Mr Dogauchi (Japan) raised another problem concerning the service of process. He asked whether service of process by publication could be considered valid under the Convention. In his understanding recognition and enforcement of the judgment could, in general, be refused under the Convention when service of process had been effected in this way for the lack of actual notification to the defendant in ordinary cases. He wished to know whether the other delegations shared this interpretation, even though there was no written proposal on this issue.

Mr Nygh (co-Reporter) replied by referring to paragraph 337 of the Report of the preliminary draft Convention, which explained that notional service pursuant to an order for substituted service or notification "*par remise au parquet*" will not suffice under the Convention, even though it may be authorised under national law.

He added that whatever the national or international rule on service of process states, the Convention required that there be actual notification to the defendant for the enforcement or the recognition to be granted. Service of process by mere publication would thus not be sufficient. Finally, he reminded the meeting of the need to include a factual test in the Convention.

The Chair noted that there was a consensus in the meeting to keep the language of Article 28(1) *d)* as found in the preliminary draft Convention and to add the new language suggested in Working Document No 25 between brackets. He went on to state that no comment had been made regarding Article 28(1) *e)* and that this provision would therefore remain as it is found in the preliminary draft Convention. He observed that Working Document No 14 suggested deleting the word "manifestly" from Article 28(1) *f)*. There was a consensus however to keep this provision as it stands.

The Chair further noted that no Working Document had been introduced concerning Article 28(2). This provision would therefore remain as it is found in the preliminary draft Convention. Working Document No 41 (United States of America) suggested two changes to Article 29. On the one hand, the word "*res judicata*" in paragraph 1 *c)* would be replaced with the word "final". On the other hand, Working Document No 41 suggested introducing a new sub-paragraph *d)*.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that there were no other proposals concerning Article 29. He left it to the Delegates of the United States of America to introduce Working Document No 41. He observed however that the changes suggested in this Document were probably meant to reflect those that were suggested for Article 25 and that no final decision had been taken regarding this last provision.

Mr Kovar (United States of America) invited the meeting to come back to Working Document No 41 when it would address the issue of *res judicata*. He also noted that the suggested addition of a new sub-paragraph *d)* in Article 29(1) was meant to parallel the wording of Article 25 where enforcement and recognition were kept separate. He suggested that this question be left to a drafting committee.

The Chair assumed that there was a consensus to keep Article 29 as it is found in the preliminary draft Convention. The meeting would then re-examine the changes suggested in Working Document No 41 at a later stage depending on the decision that is taken regarding Article 25, so as to maintain the coherence between those two provisions.

He turned next to Article 30 and noted that there were two Working Documents addressing this provision, Working Document No 42 (United States of America) and Working Document No 49 (Germany).

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the essence of Article 30 was to leave the actual procedure for the enforcement of foreign judgments to the law of the court addressed. He explained that this rule was not controversial.

Mr Kovar (United States of America) introduced Working Document No 42 by explaining that the preliminary draft Convention qualified the reference to national law for the actual procedure for enforcement by requiring that the court addressed shall act "expeditiously". He noted that the Report

of the preliminary draft Convention however went further and required that the Contracting States use, for the purposes of recognition and enforcement, the most rapid procedure they possess in their national law. He explained that Working Document No 42 attempted to incorporate this idea directly in the text of the Convention, as it represented a good policy outcome. He added that the proposal would require that the Contracting States give each other the benefit of what is essentially national treatment in the procedural requirement.

M. Bucher (Suisse) s'interroge sur la légitimité d'une ingérence aussi importante dans le droit des États contractants, d'autant qu'elle est contraire à la philosophie générale de la Convention. Il considère, par ailleurs, que l'expression « *with the most rapid procedure available under the local law* » (« la procédure la plus rapide prévue par la loi nationale ») contenue dans le Document de travail No 42 manque singulièrement de consistance. Il ajoute qu'il approuve la prescription contenue dans le Rapport en vertu de laquelle les États contractants doivent utiliser la procédure la plus rapide dont ils disposent. Pour lui, une telle prescription ne peut toutefois pas figurer au sein même d'une disposition de la Convention, notamment car cela sous-entend nécessairement que chaque État contractant dispose de plusieurs procédures de reconnaissance. M. Bucher estime par conséquent que c'est au moment de la transposition de la Convention que les États contractants auront à régler ce problème. Ainsi, il propose de supprimer la deuxième phrase de l'article 30.

M. Hoscheit (Luxembourg) explique qu'il existe au Luxembourg deux procédures distinctes d'exequatur. La première, indique-t-il, est une procédure de droit commun et se déroule de manière contradictoire. La seconde, poursuit-il, qui résulte d'une extension à l'ensemble des décisions rendues dans le cadre d'une convention internationale relative à la reconnaissance et à l'exécution des jugements de la procédure prévue dans le cadre de la Convention de Bruxelles, donne lieu, dans un premier temps, uniquement à une ordonnance unilatérale du président du tribunal saisi. Il précise ensuite que si la proposition contenue dans le Document de travail No 42 était retenue, le Luxembourg serait contraint d'appliquer cette procédure non contradictoire dès lors que l'exécution d'une décision serait demandée sur la base de la Convention. Il ajoute qu'une telle solution ne lui paraît pas conforme aux objectifs de la Convention. De manière générale, conclut-il, la Convention devrait, selon lui, éviter de trop importantes ingérences dans les droits nationaux des États contractants.

Mr Musger (Austria) explained that the changes suggested in Working Document No 42 represented too great an encroachment upon the national procedural law. He reminded the meeting that the recent European Regulation revising the 1968 Brussels Convention (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000) introduced a much simplified procedure for the enforcement of foreign decisions, in which the court addressed was not allowed to verify the grounds for refusal in the first stage of the procedure. He argued that a system of this kind was not appropriate in a worldwide convention, because the court addressed would at least need to check the absence of any violation of its public policy before granting the enforcement. The very nature of the future Convention made it impossible to adopt a simplified procedure such as that provided for by the European Regulation.

Mme Bourgeois (France) approuve les interventions des Délégués du Luxembourg et de l'Autriche. Elle indique qu'il est, selon elle, difficile d'imposer le recours à une procédure simplifiée eu égard à l'étendue des exigences posées par l'article 28.

M. Matthys (Belgique) explique qu'à l'instar du Luxembourg, la Belgique dispose également d'une procédure simplifiée résultant de la Convention de Bruxelles qui permet d'accorder l'exequatur au terme d'une procédure non contradictoire. Toutefois, ajoute-t-il, en cas de contestation le juge de l'exequatur ne peut statuer qu'au terme d'une seconde procédure qui doit, dans ce cas, être menée de manière contradictoire. Il indique ensuite qu'à l'inverse de la Convention, les motifs de refus sont peu nombreux dans le cadre de la procédure simplifiée dont dispose la Belgique. Aussi, selon lui, un recours systématique à une telle procédure pour l'exécution des jugements rendus sur la base de la Convention conduirait à une multiplication des recours et, partant, à un allongement des délais.

Mr Pocar (co-Reporter) wished to clarify one point in relation to Working Document No 42. The proposal made in this Document was made on the basis of the explanation provided in the Report of the preliminary draft Convention at paragraph 355 where it referred to the obligation of the State addressed to apply the most rapid procedure for the enforcement. Mr Pocar explained that it was never the intention of the authors of the Report to refer to procedures applicable under other international conventions. The explanation referred rather to the situation where the rules of one State created several different procedures for the enforcement of foreign judgments. In that case the State would be required to use the most rapid of its procedures. There was never any intention to include in the reference the procedures used under other international conventions.

Mr Kovar (United States of America) thanked the co-Reporter for the explanation and the delegations for the comments they made on Working Document No 42. He noted that the issue under discussion was an important question concerning the practical implementation of the future Convention. He explained that in the United States of America the enforcement of foreign judgments was as a rule a matter of state law and that there could be significant differences between the procedures used in different states. Working Document No 42 simply required the Contracting States to use the most efficient procedure when dealing with foreign judgments. He also noted that the meeting would have to come back to the relationship with the Brussels Convention when dealing with the disconnection clause (Art. 37). Finally he explained that the Contracting States should not be prevented from applying their national rules if they were more favourable to foreign judgments.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed support for the text of Article 30 as found in the preliminary draft Convention. He noted that Working Document No 42 only cited part of the relevant passage found in the Report of the preliminary draft Convention. He further explained that the Report was meant to encourage the Contracting States to do better than what they currently do when asked to recognise foreign judgments, while the proposal in Working Document No 42 simply allowed the States to keep their current standards. He cautioned against requiring the Contracting States to use their most favourable procedure for the recognition of foreign judgments since some of these procedures may have been tailored to a specific context. Therefore he suggested retaining the text of Article 30 as found in the preliminary draft Convention.

M. Voulgaris (Grèce) indique que pour l'heure il soutient la rédaction actuelle de la Convention bien qu'il lui semble souhaitable qu'une formulation permettant de répondre aux préoccupations de la délégation des États-Unis d'Amérique soit recherchée. Il s'interroge ensuite sur la possibilité de nuancer la référence au « droit national » contenue dans le Document

de travail No 42 afin que soient exclues les dispositions provenant de certaines conventions internationales aux caractéristiques particulières.

Mr Siqueiros (Mexico) explained that the difficulties raised by Working Document No 42 could be explained by the existence in civil law countries of two kinds of procedure, ordinary and summary procedures. Working Document No 42 was in his opinion alluding to the fact that the court addressed should conduct its proceedings in a summary fashion when asked to enforce a foreign judgment.

Mme Bariatti (Italie) indique qu'elle soutient la position exprimée par la délégation du Royaume-Uni, laquelle estime que la Convention ne saurait se substituer aux États contractants aux fins de déterminer la procédure de reconnaissance qu'il convient de suivre. Elle ajoute que s'il existe toutefois dans l'État requis une procédure de reconnaissance plus simple ou plus expéditive, applicable à toute décision rendue dans le cadre d'une convention internationale, cette procédure doit être appliquée aux jugements rendus sur la base de la Convention. Mme Bariatti explique ensuite que la procédure de reconnaissance prévue par la Convention de Bruxelles est en revanche inapplicable aux jugements rendus dans le cadre de la Convention et que les rapports entre ces deux Conventions internationales relèvent de l'article 37 de la Convention.

Ms Schulz (Germany) observed that the changes suggested in Working Document No 42 were not simply intended to clarify the existing text, but would in fact amount to a fundamental change of the nature of the provision. She explained that the phrase "national treatment" found in the Working Document was dangerous. The Report of the preliminary draft Convention was to be understood as encouraging Contracting States to use their most efficient procedures, but only within their respective scopes of application. She noted that requiring the European Contracting States to apply the simplified procedure put in place by the Brussels Convention as revised would go too far. It would be the equivalent of asking the United States of America to extend the Full Faith and Credit treatment to foreign judgments. She therefore advised the meeting to forgo any reference in the text of the Convention to the concept of "national treatment" and keep the word "expeditiously" as it appeared in the present draft of Article 30.

The Chair inquired whether the United States of America wished to reply to some of the points raised during the discussion.

Mr Kovar (United States of America) noted that the question concerned in the first place the methods of implementation of the future Convention in the respective Member States. He also explained that in many instances, foreign judgments were awarded "Full Faith and Credit" treatment in the United States of America and cautioned that this could change with the future Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) wished to clear certain misconceptions which had apparently obscured the discussions. He noted that Article 30 contained a reference to the procedural law of the Contracting States and did not purport to extend any other obligations on these States. He cautioned against reading a most favoured nation reference in Working Document No 42 and explained that Article 30 was in fact only a status quo provision. He regretted that Working Document No 42 seemed to have brought about more confusion than clarification.

The Chair asked the meeting whether they wished to add the language suggested in Working Document No 42 to the text of Article 30.

Mr Kovar (United States of America) suggested in light of the discussions to keep Article 30 as it is found in the preliminary draft Convention and to put the word "expeditiously" in brackets.

The Chair agreed with this proposal. He then asked the meeting to turn to Working Document No 49.

Mr Wagner (Germany) introduced Working Document No 49 by explaining that the basic idea underlying Article 30 was that it was for the national law of the court addressed to determine the procedure to be followed for the recognition or enforcement. Working Document No 49 added however one qualification to this reference to national law. He explained that the court addressed would often be faced with difficult decisions when asked to enforce or recognise a foreign judgment, in that it would have to rule on possible violations of its public policy or other grounds for refusal. In his opinion it would be preferable to ensure that the decision of the court addressed can be the object of a review by a higher court. Working Document No 49 added a new sentence in Article 30 to that effect, requiring Contracting States to provide for the possibility to appeal against the declaration of enforceability or registration for enforcement. He explained that the details of the appeal procedure would be left to the discretion of the Contracting States.

Mr Bennett (Australia) raised a few difficulties with the suggestion made in Working Document No 49. The reference to the "possibility" to appeal the decision on enforceability could prove difficult to understand in countries where parties need to seek leave to appeal. He added that the suggestion made in Working Document No 49 constituted in his opinion an unwarranted interference in an issue that should be left to the national law of the Contracting States. If it were to be included in the text of Article 30, a clarification would be needed to explain what exactly is required from the Contracting States.

Mr Möller (Finland) remarked that the possibility to appeal a decision on the enforcement of a foreign decision was a matter for the internal law of the Contracting States. He also noted that the wording of Working Document No 49 could give rise to difficulties when parties needed to seek leave to appeal or when the appeal was limited to questions of law.

Mr Musger (Austria) expressed support in principle for the proposal contained in Working Document No 49. He stated that it was important to allow the judgment creditor to ask for a review of the decision made in first instance on the issue of enforcement. One could indeed not exclude a mistake by the court addressed, such as when it grants the enforcement even though the court of origin had exercised a jurisdiction prohibited by the Convention. He acknowledged however that the drafting of Working Document No 49, and in particular the reference to the "possibility" to appeal, would need to be reworked.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed with the comments made by the Delegate of Australia.

Mrs Borrás (Spain) stated that she could not agree with the suggestion made in Working Document No 49, in that it represented too great an interference with the internal law of the Contracting States. She explained that in some States, the enforcement of foreign judgments had to be pursued before the supreme court. It would then be difficult to require the

Contracting States to allow the decision on enforcement to be appealed, without requiring a sweeping modification of their internal laws.

Mr Boggiano (Argentina) expressed support for the proposal contained in Working Document No 49 and stated that the Convention should give the judgment creditor an autonomous right to appeal against the decision on enforcement. The mere possibility to ask leave to appeal the decision should not be deemed to be sufficient. Rather, the Convention should provide a right to request the revision of the decision on enforcement.

Mme Bourgeois (France) indique qu'elle souhaiterait que l'expression «l'enregistrement aux fins de l'exécution» contenue dans le Document de travail No 49 soit précisée car celle-ci est inconnue en France.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with the observations made by the Delegate of Australia. He observed that it would be peculiar if the Convention displayed more solicitude at the stage of enforcement, by imposing a right for the judgment creditor to appeal, than at the stage of the merits. The Convention does not limit the possibility of enforcement to those judgments that could be the subject of an appeal in the State of origin. He noted that requiring the Contracting States to provide for the possibility to appeal against the decision on enforcement would interfere with the organisation of the procedure which was an internal matter.

M. Voulgaris (Grèce) approuve l'idée selon laquelle la faculté d'exercer une voie de recours à l'encontre du jugement d'exéquatur doit être garantie. Il estime toutefois que le terme «*appeal*» est impropre. Pour lui, le choix de la nature du recours doit, en effet, être laissé à la discrétion des différents droits nationaux. Il considère, par ailleurs, que ledit terme est également inadapté car il inclut, dans les droits continentaux, un examen de la décision au fond. M. Voulgaris explique enfin que si la possibilité d'exercer un recours devait être garantie, celle-ci ne saurait être limitée aux seuls cas où l'exequatur est accordé. Or, précise-t-il, la rédaction actuelle du Document de travail No 49 ne permet pas de couvrir les hypothèses où l'exéquatur a été refusé.

Mr Kovar (United States of America) observed that the wording of Working Document No 49 could give rise to confusion. If the intention was to make it mandatory for Contracting States to provide a possibility to appeal against the decision on enforcement, then it was a matter for internal law that had no place in the Convention. If on the other hand Working Document No 49 attempted to state that there should be at least a verification of the requirements contained in the Convention, then it was superfluous because such a verification was already implicit in the Convention.

Mme Vidal Lopes (Portugal) indique qu'elle soutient la position exposée par le Délégué de la Grèce.

The Chair observed that there was no consensus on Working Document No 49. He suggested that the new language proposed in this Working Document be added in brackets to Article 30 of the Convention.

Ms Schulz (Germany) wished to thank the delegates for their comments on Working Document No 49 and added that this Document should be modified to incorporate the suggestion made by the Delegate of Greece. Article 30 would therefore require the Contracting States to provide a possibility to appeal not only when the court addressed has granted the enforcement but also when the enforcement has been denied. The new language suggested in Working Document No 49 should therefore read as follows: "The law of the State addressed must provide for the possibility to appeal against the decision on the declaration of enforceability or registration for enforcement."

Mr Wagner (Germany) added that in some States the enforcement of foreign judgments calls for a registration of the judgment. Hence Article 30 should also cover these cases and mention the possibility to appeal against the registration for enforcement.

Mme Bourgeois (France) estime, à l'instar de la délégation de l'Espagne, que l'obligation de prévoir la possibilité d'exercer un recours à l'encontre du jugement d'exequatur réalise une ingérence dans le droit des États contractants.

The Chair concluded that there was no consensus on the change suggested by Working Document No 49. The new language suggested by this Working Document would thus be added between brackets to Article 30. He then made a couple of announcements regarding the practical organisation of the meeting.

Ms Sabo (Canada) reminded the delegations that the Ambassador of Canada would welcome them to a reception this Friday.

Mr Kovar (United States of America) asked several questions regarding the agenda of the next sessions.

The Chair replied to these questions. The Chair also invited the delegations to be as concise as possible in their interventions and urged the delegates to be accommodating so as to allow the meeting to make progress.

The Secretary General reminded the meeting of the excursion that would take place on Saturday and asked the delegates to register for this event.

The meeting was closed at 6.15 p.m.

Procès-verbal No 10
Minutes No 10

Séance du mardi 12 juin 2001 (matin)

Meeting of Tuesday 12 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair requested the delegates and observers to take their seats promptly, reminding them of the tight schedule. He

announced that the meeting would continue with Article 31 of the preliminary draft Convention. He made reference to Working Document No 40 (Japan).

Mr Nygh (co-Reporter) saw no need to give an introduction to Article 31 of the preliminary draft Convention since it was fairly standard and there seemed to be no dispute about its substance.

The Chair noted that in Working Document No 40 an inclusion of the words "for the procedure of Article 30" had been suggested. He gave the floor to the delegation of Japan.

Mr Shimizu (Japan) reassured the meeting that the proposal did not intend to change the substance of Article 31 of the preliminary draft Convention, but only aimed at clarification. He reported that questions had been raised during the consultation process in Japan regarding the type of costs or expenses set forth in Article 31. He hoped that the proposal would not prove to be controversial.

M. Bucher (Suisse) souhaite poser une question sur la rédaction de l'article 31 dans le Document de travail No 40. Il précise que la traduction française de la modification proposée serait: «pour la procédure de l'article 30». Or, il estime que sur un plan linguistique cet ajout n'est pas clair. Il se demande si l'introduction de cette précision ne risque pas de réduire le champ d'application de l'article 31. En particulier, y aurait-il encore lieu de considérer que les honoraires d'avocat sont compris dans cette disposition? Dans la mesure où l'article 31 est destiné à s'appliquer à l'ensemble du chapitre III, portant sur la reconnaissance et l'exécution, il avoue avoir de la peine à comprendre la préoccupation du Japon.

Mr Shimizu (Japan) stated, in response to Mr Bucher's remark, that the wording could be discussed as to whether there might be differences regarding the substance and scope of Article 31 of the preliminary draft Convention.

The Chair suggested inserting a footnote that the issue had been raised and offered to consider the issue at a later stage.

Mr Shimizu (Japan) emphasised that he wanted the issue to appear in the text.

Mr Nygh (co-Reporter) commented that a footnote would be something one had to look at.

Mr Shimizu (Japan) preferred to have the proposed wording put in square brackets.

Mr Trooboff (United States of America) supported the notion to put the wording in square brackets, since this was principally an appropriate way to deal with issues that posed domestic problems. One could examine whether there was a substantial issue later on.

M. Bucher (Suisse) tient à préciser qu'il n'est pas radicalement opposé à la proposition contenue dans le Document de travail No 40. Toutefois, il espère qu'en la mettant entre crochets, une meilleure rédaction pourrait en être adoptée. Il propose ainsi que les termes «*for the procedure of Article 30*» soient remplacés par les termes «*for the proceedings of this Chapter*».

The Secretary General invited the delegates to refer to what had been agreed upon within the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, in the Conference's *Collection of Conventions* (p. 213 for the English text and p. 212 for the French text in the 1951-2009 edition).

The Chair noted that there was general agreement about leaving the proposed wording in square brackets for the moment, requesting however that there should not be more square brackets than absolutely necessary. He suggested moving on to Article 32 of the preliminary draft Convention. He drew attention to Working Document No 43 (United States of America) that contained the proposal to excise Article 32 entirely. He gave the floor to the delegation of the United States of America.

Mr Kovar (United States of America) stated that Article 32 of the preliminary draft Convention addressed the availability of legal aid with respect to the full spectrum of civil and commercial matters. The provision would cover legal aid irrespective of whether it was available at national, state or local levels. He noted that the United States federal authority would have no competence through treaty power to oblige state or local authorities to provide legal aid. If Article 32 were accepted, the Federal Government would have to introduce the necessary programmes and he doubted whether it had the existing resources to do so. He confessed that the planning, which was required for a faithful implementation of the obligation arising from Article 32, would simply not be realistic. He expressed his hopes that Article 32 would not be introduced.

Ms Renfors (Sweden) understood the difficulties Article 32 of the preliminary draft Convention posed for the legal system of the United States of America. She affirmed however that the legal aid provision was an important one, which was moreover usually contained within international conventions on civil matters. She wondered if the United States could envisage any other solution in order to accommodate the objective of Article 32 to their needs.

Mr Dogauchi (Japan) stated that, despite its importance, Article 32 of the preliminary draft Convention was not essential for the Convention. If the clause created irresolvable difficulties for some countries, one should not insist on maintaining it.

Mrs Passia (Greece) noted that it was important to introduce a provision to ensure that foreigners had the same procedural rights as nationals. This was a constitutional issue of access to justice. Article 32 of the preliminary draft Convention in this sense also reflected the standpoint of the Greek Constitution.

Mr Hu (China) supported the proposal set forth in Working Document No 43. It reflected the basic idea that one should avoid conflicts with national laws, if they merely arose from items that proved to be inessential for the Convention. Moreover, already the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* could serve as an instrument for those who were interested in establishing legal aid within an international context.

Mme Bourgeois (France) souligne que l'aide judiciaire a pour finalité de permettre l'accès à la justice et se présente, à cet égard, comme un instrument démocratique auquel la France est particulièrement attachée. En conséquence, elle estime que l'aide judiciaire doit être maintenue dans son principe, quitte à ce qu'une autre modalité, susceptible de s'accorder avec le droit des États qui y sont opposés, soit dégagée. Elle insiste d'autant plus sur le maintien de la disposition sur l'aide judiciaire que celle-ci figurait déjà dans l'avant-projet.

Mr Boggiano (Argentina) stated that he supported the views expressed by the Delegates of the United States of America, China and Japan for the same practical reasons.

Mr Wagner (Germany) appreciated that Mr Kovar had given an explanation for the problems that Article 32 of the preliminary draft Convention could create with regard to its practical implementation in the United States of America. However, he could not detect any constitutional obstacles, rather perhaps only a question of funding. He could not conceal his disappointment that Article 32 was not acceptable to some delegations, noting that the provision resembled a legal aid provision in the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, which in itself had been a compromise confined to the narrowest limits.

Ms Schulz (Germany) added that Article 32 of the preliminary draft Convention did not create any obligation to establish legal aid programmes where there were none existent. Article 32 merely ensured that there was no discrimination of foreigners with respect to the offering of legal aid.

Mr Siqueiros (Mexico) supported the deletion of Article 32 of the preliminary draft Convention. He remarked that he did not see any significant need for legal aid at the enforcement stage of legal proceedings.

Ms Sabo (Canada) stated that Article 32 of the preliminary draft Convention did not impose any particular problem for Canada. Moreover, she supported the principle of the provision. However, in order to accommodate the practical concerns that had been expressed by some of the delegations, she suggested conceiving an opt-in solution.

Mr Kovar (United States of America) stated, in response to the comment by Mr Wagner, that Article 32 of the preliminary draft Convention created a constitutional problem because the Federal Government was not able to order the individual states to provide any kind of legal aid.

As to the remark on the 1980 Child Abduction Convention, he pointed out that legal aid programmes within the narrow family area had already been accomplished. In this context he also mentioned the existence of bilateral agreements that were based on reciprocity and obliged the participating States to grant legal aid to foreigners. He stated, however, that the vast area this Convention would be covering, confronted States with an entirely different encumbrance should a legal aid provision be inserted. In this light, he considered the Canadian "opt-in" suggestion to be a possible practical solution.

Mr Möller (Finland) stressed, in response to the remarks given by Mr Kovar, that Article 32 of the preliminary draft Convention was no more than a non-discrimination rule which obliged States to grant legal aid to foreigners only if it was also granted to nationals. Thus, it did not encumber a State with the obligation to establish a legal aid programme.

With regard to the reference made to the 1980 Access to Justice Convention, he noted that it had been ratified by only a few States.

Mr Bennett (Australia) proposed that a compromise could be found, if one distinguished between local legal aid offices granting legal aid exclusively to residents of a small local area, which would imply an acceptable discrimination, and legal aid granted only to habitual residents or citizens of a State, which would imply a discrimination the Convention should seek to eliminate.

The Chair suggested that the whole provision should have to be put in square brackets and that a footnote should be inserted as regards the opting-in solution. After asking for further comments on the proposal by Mr Bennett, he drew attention to Working Documents No 55 (Switzerland) and No 58 (United Kingdom), which referred to Article 33 of the preliminary draft Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) by way of introduction gave a brief comment on the work regarding Article 33 of the preliminary draft Convention. He said that the provision reflected a refined compromise that had been realised at an early stage of the proceedings. He noted that it was a great tribute to the United States of America that it was willing to compromise on this issue. As all compromises, this one was "finely balanced".

He reminded the delegates that the general structure of the provision had been explained in the Report of the preliminary draft Convention at paragraphs 358 to 371. He gave an outline of the main aspects: paragraph 1 dealt with punitive damages and other non-compensatory damages and enabled States with a limited system as to these kinds of damages to deal with the problem of their enforcement. Paragraph 2 allowed the deduction of compensatory damages. He pointed out that the use of the wording "recognition" in Article 33 comprised "enforcement", which was also mentioned in the Report. He admitted that maybe clarification was needed in the text.

He drew attention to uncertainty within the Report that had been detected by a comment of the delegation of Korea and apologised for the loose wording that had been used: he read aloud the last two sentences of the explanation to Article 33(2) *a)* at paragraph 368 of the Report. He made clear that in this passage the example for an obvious situation was given, which did not mean that the spectrum could not comprise more difficult circumstances. He stated that the clause required co-operation between the State of origin and the State addressed with regard to the assessment of the standards. He gave an example: an award in the United States of America in favour of a United States plaintiff was based upon the factor applicable to standards in the United States, *e.g.*, absence of social security system, high medical and living costs. Clearly, the American judgment was to be implemented in the light of the American circumstances and not with respect to the needs of a Korean plaintiff under his own circumstances. He suggested that in the final sentence of the cited passage of the Report the word "should" would be better replaced by the word "may".

M. Bucher (Suisse) souhaite confirmer les propos de M. Nygh quant à la lacune existant dans l'article 33 de l'avant-projet de Convention qui ne vise que la reconnaissance et non pas l'exécution des jugements. Il estime qu'il ne s'agit là que d'un accident de rédaction dans la mesure où la reconnaissance ne revêt qu'un faible intérêt dans le cadre de l'article 33, alors que l'exécution constitue un point capital. La proposition faite par la délégation de la Suisse dans le Document de travail No 55 vise à remédier à cette lacune.

Mr Liew (Republic of Korea) expressed his deep appreciation for the remarks given by Mr Nygh. To illustrate the background of the concerns, which had been raised by his delegation, he presented a case that had been decided by a Korean court, where an award of USD 500,000 damages by a Minnesota judgment had been reduced to USD 250,000 at the enforcement stage in Korea. The Korean court had taken into account the American living standards, but also the Korean defendant's financial capacity. As to this question, Mr Liew now felt content with the explanation Mr Nygh had just given.

The Chair noted that there was no opposition to the proposal set forth in Working Document No 55 and drew attention to Working Document No 58.

Procès-verbal/Minutes No 10

Mr Parker (United Kingdom) stressed that the proposal in Working Document No 58 did not seek to upset the finely-tuned compromise in Article 33 of the preliminary draft Convention. The sole intention of the proposal was to make clear that non-compensatory damages only needed to be enforced to the extent that they could have been awarded in the State addressed.

Further, he welcomed the explanation given by Mr Nygh and suggested deleting the last sentence of the comment of the Report of the preliminary draft Convention on Article 33(2) *a)*.

Mr Kovar (United States of America) stated that the new proposal could alter the balance that had been negotiated, which was not acceptable to the United States of America. He noted that it was the intention of Article 33(1) of the preliminary draft Convention to ensure the obligation to enforce a judgment at least to the extent damages would have been awarded in the State addressed. It was also clear from the language of the Report of the preliminary draft Convention that if there were no similar damages in the State addressed, in some circumstances punitive damages would not be enforced.

Mme Bourgeois (France) soutient la proposition du Royaume-Uni (Doc. trav. No 58) qui ne modifie pas le texte mais le clarifie.

Mr Trooboff (United States of America) perceived the proposed change to be substantial and not only a drafting issue. In his opinion, the new proposal created a threshold to the obligation to enforce, while the old balance offered a floor of obligation. He reminded the delegates that the slightest alteration of the compromise, even if in only one point, could result in a misbalance of the whole.

The Chair agreed with Mr Nygh that there had been a long discussion within the Special Commission on the elaboration of Article 33 of the preliminary draft Convention. He considered that it would be unfortunate if any change would substantially open up the important compromise that had been reached. He also agreed with Mr Trooboff that there was a risk of endangering the compromise as a whole. He therefore asked whether it was possible to leave the text as it was, save for the amendment proposed by the delegation of Switzerland already agreed upon.

Mr Parker (United Kingdom) said that the proposal simply intended to clarify and not to change any of the substance. He offered to meet with the delegation of the United States of America to discuss a draft.

Mr Trooboff (United States of America) answered that any change of the wording of Article 33 of the preliminary draft Convention would make it necessary to re-explain the provision to the various organisations and authorities his delegation had conferred with while elaborating the compromise. He questioned whether a change for mere drafting reasons would be worth the risk of losing the support that had been gained for Article 33.

Ms Sabo (Canada) could not see whether the proposal in Working Document No 58 clarified the existing text to any further extent. She further questioned whether it was necessary to put the amendment in square brackets.

The Chair agreed that the issue should be dealt with as a consensus matter.

M. Bucher (Suisse) juge nécessaire de poursuivre la discussion jusqu'à ce que le problème soit réglé. À son avis, la distinction entre l'article 33(1) de l'avant-projet et l'article 33(1) du Document de travail No 58 est mal perçue.

Le Document de travail No 58 dispose qu'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires ne peut pas être reconnu dans l'hypothèse où le plafond – à savoir les dommages et intérêts similaires ou comparables qui pourraient être accordés dans l'État requis – est dépassé. En revanche, dans l'avant-projet de Convention, la Commission spéciale avait imposé une obligation de reconnaissance des décisions accordant des dommages et intérêts non compensatoires dès l'instant que des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être octroyés dans l'État requis. L'avant-projet de Convention laissait donc ouverte la possibilité de reconnaître des dommages et intérêts non compensatoires pour un montant excédant le plafond de l'État requis. Selon M. Bucher, c'est cette faculté que ferme le Document de travail No 58 par l'emploi des termes « que dans la mesure où ». Ce dernier Document introduit donc un barrage qui n'existait pas dans le texte retenu par la Commission spéciale.

Cela étant précisé, M. Bucher conclut en remarquant que s'il existe une sensibilité politique vis-à-vis de cette disposition, il y a lieu de préférer le texte dont la solution est la moins brutale, quand bien même la substance de ces deux interprétations ne varie guère au regard des obligations que crée la Convention.

Mr Parker (United Kingdom) remained to be convinced that there was any difference as to the substance. In particular, the new proposal did not intend to limit the level of enforcement of non-compensatory damages under the terms of national law. On the other hand, he maintained that the wording "at least" in the existing text was an unclear term.

Mr Philip (Denmark) stated that, in his opinion, Article 33 of the preliminary draft Convention contained a minimum level that had to be enforced rather than a ceiling not limited by the level of enforcement. If there was a problem in this respect, he suggested that the proposed text add a wording like "the State addressed may enforce any part of the judgment".

Mme Rouchaud (Commission européenne) estime que le Document de travail No 58 a pour objectif de clarifier l'article 33 et non d'en accentuer les limites. À l'appui de son point de vue, elle fait référence à la dernière phrase du paragraphe 360 du Rapport, qui est presque identique à celle employée dans le Document de travail No 58. Elle en déduit que l'obligation de reconnaissance ne porte que sur le montant des dommages et intérêts non compensatoires qui auraient pu être accordés dans l'État requis et qu'il revient au droit national de cet État de dire si la reconnaissance peut avoir lieu pour un montant supérieur. Le Rapport lui apparaît très clair sur ce point.

Ms Schulz (Germany) said that at first she thought she had perceived a substantial difference between the existing text and the proposal, which had been reflected by the use of the words "at least" and "only" respectively. She remarked, however, that after following the discussion, she realised there was a consensus: on the one hand there was an obligation under the Convention to recognise a judgment to the extent comparable damages could have been awarded in the State addressed, and on the other hand the State addressed had discretion to recognise a foreign judgment beyond this minimum level under their national law.

Mr Trooboff (United States of America) noted that he could possibly agree to the additional language of the kind Mr Philip had requested, if there was confusion with the existing text.

He warned the meeting, however, not to excise any part on which the compromise had been based.

Mr Parker (United Kingdom) mentioned that he was ready to supplement the proposal with an explicit discretionary competence to recognise awards which exceed the standard of the addressed State. He remained concerned about the lack of clarity of the existing text and asked to place the provision in square brackets.

Mr Chang (Republic of Korea) proposed to delete the words "at least" and "only" from the existing text and the proposal respectively.

Mr Kovar (United States of America) did not consider Mr Chang's compromise convincing. In response to Mr Parker's comment he said that one could not prevent a delegation insisting on square brackets, if no consensus could be found. He questioned, however, whether this approach was appropriate under these particular circumstances. He reminded the delegates of Article 33 of the preliminary draft Convention, this being one of the only Articles where a durable compromise had been achieved. He asked the delegates to re-think their position.

Mr Philip (Denmark) suggested that a small drafting group consisting of delegates of the United States of America, the United Kingdom and possibly two or three other countries could be set up in order to conceive a satisfactory text so that the insertion of square brackets could be avoided.

Mr Parker (United Kingdom) agreed with Mr Philip's suggestion.

Mr Kovar (United States of America) reminded the Chair that he would like to raise the issue of compensatory damages before the meeting was adjourned.

The Chair suggested first, in response to Mr Philip's proposal, that a small group consisting of delegates of the United States of America, the United Kingdom and Denmark should take another look at the text of Article 33(1) of the preliminary draft Convention.

Mr Philip (Denmark) proposed that Germany and Switzerland should also be included in the group.

Ms Sabo (Canada) reminded the delegates that the small group would only be working on a drafting matter. If no agreement could be found within this group, the original text should remain without being placed in square brackets since, after all, there was no dispute on the substance.

The Chair stated that the rules bound the meeting to keep an issue open if no consensus could be reached. In this light, he hoped that the small group would come up with a satisfactory solution. He then gave the floor to Mr Kovar.

Mr Kovar (United States of America) raised the question whether there was general agreement on statutory damages, liquidated damages and interest being covered by Article 33(2) of the preliminary draft Convention. He indicated that he raised this question merely for the sake of clarification and that he did not intend to propose any amendment. He proceeded by giving some brief definitions: "statutory damages" were amounts pre-established by legislation in order to approximate actual damages that were difficult and costly to assess with the necessary proof (typically this kind of damages was applied to copyright infringements or to trademark counterfeiting); "liquidated damages" was an amount of money specified in a contract in order to compensate the victim of a breach of contract.

Mr Nygh (co-Reporter) admitted that when Article 33 of the preliminary draft Convention had been conceived, the examples just given by Mr Kovar had not been directly referred to. For this reason, Mr Nygh saw a necessity to have this issue introduced into the Report, if not made clear in the text. He reminded the delegates that questions such as liquidated damages may raise issues of public policy in certain countries.

Ms Renfors (Sweden) asked the delegation of the United States of America to clarify what exactly it intended to change by raising this issue.

The Chair said that to his understanding no change was proposed. He asked Mr Kovar to make clear to everybody what potential problems may arise from the issue he had raised.

Mr Kovar (United States of America) stated that he hoped for clarification with respect to the scope of the term "compensatory damages". He repeated the definitions of "statutory damages" and "liquidated damages". He asked for confirmation that these types of damages would fall under "compensatory damages" and that an awarded interest contained in a judgment would be fully enforceable.

Mrs Sapp (International Trademark Association) noted that the characterisation of damages as compensatory or non-compensatory would depend upon the respective laws of the State of origin.

Mr Beaton (United Kingdom) stated, in response to the question raised by Mr Kovar, that it would depend on the statute whether "statutory damages" were compensatory or not. He noted that in certain countries "liquidated damages" were qualified as "penal" and for that reason were not enforceable under Article 33 of the preliminary draft Convention. Finally, an awarded interest would only be enforceable in so far as it referred to an amount that was able to be enforced under the Convention.

Mr Musger (Austria) agreed with Mr Beaton. It was the statute that would qualify "statutory damages" as compensatory. Similar considerations applied to "liquidated damages". They were non-compensatory if they simply induced a punitive effect and put pressure on a contract party to execute his performance. Mr Musger concluded that these questions could not possibly be defined within Article 33 of the preliminary draft Convention.

Mr Philip (Denmark) raised another question regarding this subject. He wondered, when a legal system provided courts with an instrument to reduce an amount of liquidated damages, whether a foreign judgment could then be subject to this kind of reduction under Article 33 of the preliminary draft Convention.

Regarding the question of interest, he noted that this was covered by the Convention but of course only to the extent that the particular interest referred to an amount of damages that could be enforced under Article 33.

M. Hoscheit (Luxembourg) déclare qu'à son sens, l'intervention américaine et l'intervention danoise concernaient la question de savoir si les dommages et intérêts préfixés par la loi ou par contrat étaient couverts par la Convention, en ce sens que celle-ci pourrait être invoquée en faveur de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision accordant ce type de dommages et intérêts.

Cependant, il fait remarquer que l'article 33 pose une seconde question, qui est celle de savoir si ces dommages et intérêts préfixés sont soumis à la possibilité d'en réduire le montant. Une réponse positive lui apparaît particulièrement problématique en ce qui concerne la clause pénale dans la mesure où cela revient à permettre au tribunal de l'État requis de s'ingérer dans le contrat des parties.

Il conclut en disant que l'intervention américaine soulève un grand nombre de questions.

Mr Goddard (New Zealand) noted, going back to the original request by Mr Kovar (United States of America), that interest awarded to compensate for the time value of money could be confirmed as compensatory, and that the most clarification that could be provided otherwise was to say that "statutory" or "liquidated" damages were not necessarily non-compensatory by nature. On the other hand, one could not go so far as to say that such awards would always be compensatory.

Mr Möller (Finland) agreed with Mr Goddard adding that "liquidated damages" did not always have a penal effect but could also reflect standardised damages.

Mr Waldbaum (Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle) reminded the delegates that mere compensatory damages were not capable of relieving patent infringements. He stated, however, that his organisation was prepared to support the notion of a floor of recognition with respect to non-compensatory damages.

Mr Boggiano (Argentina) said that the nature of the statute qualified "statutory damages" as compensatory or not. The compensatory character of "liquidated damages" depended on the intention of the contracting parties. Interest awards were regularly compensatory, save for exceptional cases.

Mr Nygh (co-Reporter) remarked, with reference to Mr Philip's (Denmark) comment, that it might be helpful to distinguish between two distinct questions. One was whether "statutory damages", "liquidated damages" and interest fell under paragraph 1 or paragraph 2 of Article 33 of the preliminary draft Convention. This question was a matter of classification, which depended on the analysis of the court addressed. Interest was fixed by a court depending on the current commercial rate, which reflected a loss of money and for that reason was clearly compensatory. Something else applied to interest awards to the extent that they contained a punishment for late payment. The second question was whether all of these three groups fell within the scope of Article 33 as a whole and the answer hereto was clearly yes.

M. Bucher (Suisse) propose que le régime des ces trois catégories de dommages et intérêts s'inspire de l'observation formulée par la délégation des États-Unis d'Amérique selon laquelle l'article 33 de l'avant-projet ne devrait subir aucune modification. Il s'ensuit que les dommages prédéterminés par la loi ou par contrat ainsi que les intérêts relèvent du champ d'application de l'article 33. M. Bucher s'oppose à toute tentative de définition de ces dommages et intérêts. À cet égard, il précise qu'il n'est pas toujours certain que les intérêts soient de nature compensatoire, comme le démontre le cas *Granville Gold Trust – Switzerland* (Doc. prél. No 5 de juin 1996 (Suisse)), dans lequel la *Supreme Court* de New York déclara recevable l'action en remboursement de 600 millions de dollars américains et le paiement d'un intérêt moratoire calculé à raison de 1% par semaine, le montant total réclamé dépassant ainsi 125 milliards de dollars américains. Dans ces conditions, il lui semble incontestable que de tels intérêts devraient tomber sous le coup de l'article 33 et que toute définition quant à leur nature compensatoire ou non est inopportune.

M. Voulgaris (Grèce) observe que la question de qualification des dommages et intérêts ne revêt pas en pratique une importance majeure dans la mesure où la réponse revient toujours à la *lex fori*. Aussi bien, même dans l'hypothèse où les dommages sont prédéterminés par le contrat, c'est toujours la loi applicable au contrat qui autorisera ou non le versement de tels dommages. Dans la plupart des cas, il n'y aura pas de difficultés à déterminer la part des dommages et intérêts de nature compensatoire et la part correspondant à un dédommagement non compensatoire. En tout état de cause, la condamnation au versement d'intérêts sur intérêts pourrait être contrecarrée par l'exception d'ordre public. M. Voulgaris conclut en invitant les délégations à ne pas modifier la lettre de l'article 33 de l'avant-projet afin de maintenir l'équilibre qui le rend acceptable par tous.

Ms Schulz (Germany) agreed that there should be no explicit definitions under this Convention for "statutory" or "liquidated damages", since each State would provide its own methods as to computing the damages. As regards "statutory damages", one could think of claims based on the surrender of a gain generated by a counterfeiting action or alternatively on the hypothetical price for the respective licence. Yet, no matter how the damages were calculated, the State addressed would always have to analyse whether a penal element was involved.

Mr Thue (Norway) regretted that the discussion had reopened with regard to Article 33 of the preliminary draft Convention. In his opinion, the provision should be left as it was, save for a possible consensus with respect to a drafting improvement.

Mr Kovar (United States of America) stated that the comments in the useful discussion had reflected that the mentioned elements of damages, "statutory", "liquidated" and interest, were included in Article 33 of the preliminary draft Convention. It had further become clear that the court addressed applying the laws of origin under conflict of laws principles determined whether the damage was compensatory or not. Once the court had decided, one had to follow that qualification. This meant that, in response to the notion of reduction Mr Philip (Denmark) had raised, when paragraph 2 was to be applied, a reduction of liquidated damages could only take place if they were grossly excessive.

Mr Philip (Denmark) said that his example only demonstrated how Article 33 of the preliminary draft Convention would apply and that it did not suggest applying national substantive law.

The Chair suggested moving forward to Article 34 of the preliminary draft Convention, which dealt with severability. He made reference to Working Document No 54 (Switzerland).

M. Bucher (Suisse) présente le Document de travail No 54 soumis par la délégation de la Suisse comme une proposition dont l'ambition reste réduite dans la mesure où elle ne fait que répondre au problème déjà soulevé par le Rapport au paragraphe 373 à propos de l'article 34 de l'avant-projet. En effet, aucune disposition de l'avant-projet ne concerne expressément l'exécution partielle d'un jugement statuant sur un seul chef de demande. C'est cette dernière possibilité d'ordre procédural que le Document de travail No 54 se propose d'introduire.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the remarks of the Report of the preliminary draft Convention on Article 34 at paragraphs 372 to 374 had now been followed up by the proposal in Working Document No 54.

Mr Kovar (United States of America) commented that he was not sure whether the proposal in Working Document No 54 added any substance. Since the proposed paragraph 2 contained a discretionary possibility to sever a portion of a judgment, it appeared to be redundant with paragraph 1.

Mr Nygh (co-Reporter) indicated that an extension to Article 34 of the preliminary draft Convention, as noted in the Report of the preliminary draft Convention at paragraph 373, was only intended to become discretionary and not mandatory.

Ms Sabo (Canada) agreed that she could not find any necessity for the proposed extension, since the original text of Article 34 of the preliminary draft Convention already sufficed for the partial enforcement of a judgment. On the other hand, considering that the extension could facilitate the application of the severability provision for the Member States of the Brussels Convention, she could not see that the proposal did any harm.

Mme Bourgeois (France) se déclare favorable à la proposition introduite par le Document de travail No 54 car le droit français adopte traditionnellement une conception restrictive des chefs de demande dissociables. En conséquence, elle juge que cette proposition présente l'avantage d'offrir plus de souplesse à la reconnaissance et l'exécution partielles.

Mr Philip (Denmark) said that if the new proposal was connected with earlier Articles according to which certain judgments may be refused recognition in part, it would only state that the part which was not refused could be enforced. This already followed from the other provisions that did not have any discretionary character.

Mr Trooboff (United States of America) asked what would happen if only paragraph 2 existed within the proposed version of Article 34. He stated that it was the overlap that confused his delegation.

M. Bucher (Suisse) ne voit pas de chevauchement entre les deux paragraphes de l'article 34, tel que proposé dans le Document de travail No 54.

Il explique que le paragraphe premier vise la situation dans laquelle la décision à reconnaître ou exécuter porte sur plusieurs chefs de demande dissociables. Il prend l'exemple d'un défendeur condamné à la fois à une prestation en nature et à la fois au versement de dommages et intérêts. Dans ce cas, l'article 34(1) autorise l'État requis à ne reconnaître ou n'exécuter qu'un chef de demande. Selon M. Bucher, l'intérêt de ce paragraphe réside dans le fait qu'en son absence, l'État requis pourrait trouver justifié de refuser la reconnaissance ou l'exécution pour l'intégralité de la décision étrangère.

Il poursuit par l'explication du paragraphe 2, qui vise la situation différente dans laquelle le tribunal étranger a statué sur un chef de demande unique. Dans l'hypothèse où la décision ne pourrait pas être intégralement exécutée, le juge de l'État requis est autorisé par cette disposition à n'accorder qu'une exécution partielle plutôt que d'avoir à refuser d'exécuter l'entière décision. Il illustre cette éventualité en prenant l'exemple d'une décision accordant des dommages et intérêts excessifs non compensatoires, qui pourrait n'être exécutée que pour partie du montant. En ce sens, il estime que l'article 34(2) vient confirmer l'article 33. Mais, il fait valoir également que l'article 34 pourrait trouver application en coordination avec l'article 28(1) *f)* de l'avant-projet, dans l'hypothèse où une partie de la décision rendue dans l'État d'origine serait contraire à l'ordre public de l'État requis.

Mrs Bariatti (Italy) expressed her confusion concerning the precise object of the proposed paragraph 2 of Article 34 in Working Document No 54. She could, however, at least imagine that paragraph 2 was useful in order to anticipate phases of coming proceedings, *e.g.*, the severance of a portion of the judgment that had not been paid by the debtor from the portion which had already been paid. In the light of these considerations, she accepted the proposal.

M. Voulgaris (Grèce) souhaiterait interroger M. Bucher afin de savoir si le paragraphe 2 englobe également l'hypothèse prévue par le paragraphe premier. Il pense en effet que si seul le paragraphe premier figure dans l'avant-projet de Convention, cela s'explique par le fait que le paragraphe 2 ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où l'article 28(1) *f)* doit jouer. En revanche, dans les autres hypothèses, il estime qu'en raison de l'autonomie de la procédure il ne serait pas opportun de distinguer au sein d'un même jugement une partie viciée et une partie non viciée. Il termine en s'interrogeant sur la possibilité de combiner les deux paragraphes.

M. Bucher (Suisse) répond que, d'après lui, les deux paragraphes de l'article 34, tels que proposés dans le Document de travail No 54, ne peuvent être confondus dans la mesure où les situations visées sont différentes. Le second paragraphe ne fait qu'ajouter une hypothèse de divisibilité à laquelle la Commission spéciale n'avait pas pensé.

M. Bucher s'adresse à la Déléguée de l'Italie pour lui faire remarquer que cette seconde hypothèse de divisibilité est réglée par l'article 42 (2) des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

En dehors de l'application de l'article 28(1) *f)* avancée par M. Voulgaris, M. Bucher pense que l'article 34(2) pourrait également trouver à s'appliquer en cas de jugements inconciliables, ce qui constitue un motif de refus de reconnaissance d'après l'article 28(1) *b)*. Il prend l'exemple de deux jugements étrangers condamnant respectivement le même défendeur au versement de la somme d'un million pour le premier jugement et de deux millions pour le second jugement. Dans l'hypothèse où le premier jugement serait exécuté dans l'État requis, la lettre *b)* de l'article 28(1) autoriserait normalement les tribunaux de cet État à refuser d'exécuter le second jugement inconciliable. L'article 34(2) l'autoriserait en revanche à n'accorder l'exécution que pour le million supplémentaire non exécuté dans le premier jugement.

Mr Musger (Austria) said it had become clear that the proposed paragraph 2 in Working Document No 54 aimed to cover situations that paragraph 1 of Article 34 of the preliminary draft Convention did not apply to. He noted, however, that the proposed paragraph 2 could encompass all the situations that were covered by paragraph 1. He concluded that paragraph 2 should replace paragraph 1.

Mr Beaton (United Kingdom) remarked that the proposal added some clarity, as the remarks by Mrs Bariatti (Italy) regarding the case of partial payment by the debtor had shown. As to the partial recognition debate, he saw no reason why Article 34 should not cover even those situations. He mentioned that they were not addressed by paragraph 1 of Article 34 of the preliminary draft Convention. He supported the proposal, except for a drafting item that the wording "the court addressed" should replace the wording "the authority addressed".

M. Hoscheit (Luxembourg) propose un autre exemple pour illustrer les propos de M. Bucher sur l'exécution partielle d'un jugement statuant sur un chef de demande unique. Ainsi, dans l'hypothèse où un demandeur a introduit une action contre deux défendeurs auxquels il réclame la même chose et où le juge de l'État d'origine a accueilli la demande à l'encontre des deux défendeurs, s'il apparaît dans l'État requis qu'un problème de procédure s'est posé à l'encontre d'un des deux défendeurs, les tribunaux de cet État peuvent n'accorder l'exécution que pour la part du jugement concernant l'autre défendeur.

Mr Siqueiros (Mexico) considered that the proposal in Working Document No 54 introduced complexity and confusion. For this reason, he was in favour of keeping Article 34 of the preliminary draft Convention as it was.

Mr Goddard (New Zealand) observed that there did not seem to be a dispute on the policy concern, whether the enforcement was of permissive nature or whether a part of a judgment that was enforceable had, in fact, to be enforced.

Further, the proposal in Working Document No 54 seemed to clarify that not only some of several orders within a judgment were enforceable, but also a single order in part.

Mrs Bariatti (Italy) pointed out that she agreed, in principle, with the proposal in Working Document No 54, but simply not with its wording.

She further reminded the delegates that Article 42 of the Brussels Convention contained an important difference: that a partial enforcement of a judgment required a request by the applicant.

Mr Trooboff (United States of America) stated that he did not want Article 34 of the preliminary draft Convention to be applied to cases that fell under Article 33. Any Article 33 issue did not need to be reinforced by Article 34.

Mme Borrás (Espagne) soutient la proposition formulée par la délégation de la Suisse dans le Document de travail No 54. Elle suggère que les difficultés de compréhension qu'éprouvent plusieurs délégations à l'égard de cette proposition résident peut-être dans le fait que le paragraphe premier est rédigé sous une forme positive tandis que la formulation employée au paragraphe 2 est négative. Elle propose qu'une formulation positive générale soit adoptée qui ne ferait pas référence au motif de la divisibilité par la mention de la pluralité des chefs de demande.

The Chair summarised that all the comments supported either the notions that the present text was sufficient, that the proposal in Working Document No 54 was to be accepted, or that paragraph 2 of the proposal alone was sufficient. He suggested setting up a small working group composed of delegates of Switzerland, New Zealand, Italy and the United States of America. The group could find the appropriate language for a provision, avoiding any change of the underlying policy.

M. Bucher (Suisse) demande s'il serait possible d'envisager la réunion d'un groupe de travail sur la question de la *res judicata*. Il soulève par ailleurs un problème sur la répartition des délégations dans les groupes de travail.

The Chair saw difficulties in discussing an issue concerning another meeting, which would be taking place in 20 minutes.

Le Président demande à la délégation de la France de bien vouloir présenter le Document de travail No 62.

Mme Bourgeois (France) présente ses excuses pour l'absence de traduction de la proposition en anglais. Sur la suggestion du Président, elle procède à la lecture à haute voix du Document de travail afin d'en permettre la traduction simultanée.

Parmi les raisons motivant la proposition de la délégation de la France, elle fait valoir que la circulation des actes authentiques est d'une grande utilité. C'est pourquoi, elle juge nécessaire de supprimer la condition de réciprocité, tout en permettant aux États contractants de faire une déclaration négative ayant pour objet de les faire échapper à l'obligation de reconnaissance des actes authentiques ou de limiter cette obligation à une condition de réciprocité.

Le Président invite les délégations à engager une discussion sur le Document de travail No 62 présenté par la France.

Mr Shimizu (Japan) said that he was opposed to the French proposal since it reversed the principle of a positive declaration in favour of the enforceability of authentic instruments to a negative one, which would prove difficult to accept.

Mr Beaton (United Kingdom) supported the proposal in Working Document No 62, save for the possibility of an alternative declaration under the condition of reciprocity. He wondered if it were not preferable to make States either deny the acceptance of the enforceability of authentic instruments, or accept it without reciprocity.

M. Bucher (Suisse) ne s'avoue pas convaincu par le changement qu'introduirait le Document de travail No 62 dès lors que la formulation d'une déclaration entraînerait nécessairement la réciprocité. Il ne voit donc pas l'intérêt de cette condition supplémentaire.

M. Matthys (Belgique) soutient la proposition de la délégation de la France car il lui semble difficile en pratique d'instaurer une condition de réciprocité sans déclaration.

Il s'interroge par ailleurs sur les termes « sur requête » figurant dans l'article 35(1) du Document de travail No 62. Il se demande s'il faut interpréter ces termes conformément au sens étroit qui est le leur en procédure civile – où ils visent une forme spécifique de signification – ou s'ils concernent une demande en général.

Mme Bourgeois (France) répond que ces termes ont été repris d'une rédaction antérieure qui n'avait pas soulevé de difficultés. Elle explique que la requête est une demande écrite formulée par voie officielle.

M. Matthys (Belgique) fait remarquer que pour l'exequatur d'un acte authentique, la demande est adressée au tribunal par citation et non par requête.

Ms Terry (Ireland) stated that she supported the French proposal in principle. She noted, however, that since the concept of authentic instruments was not known to Irish law, but that these instruments were recognised according to the Brussels Convention, there would be no space to recognise authentic instruments subject to the reservation of reciprocity.

M. Talpis (Union internationale du Notariat latin) observe que la proposition du Document de travail No 62 ne fait que déplacer la question de la réciprocité à une question de réserve. Selon lui, la solution adoptée par l'avant-projet soumettant la reconnaissance des actes authentiques à une déclaration positive, sous réserve de réciprocité, s'explique par la sensibilité politique des délégations ne connaissant pas la condition de réciprocité. Il soutient la proposition du Document de travail No 62 en ce qu'elle présente l'avantage de

respecter les lois en vigueur dans de nombreux États et de simplifier la pratique du commerce international. En outre, il estime que cette proposition fait preuve de l'intérêt que la Conférence partage pour les modes alternatifs de règlement des litiges et le monde notarié. Pour ces raisons, il lui semblait que cette proposition de déplacement de la condition de réciprocité aurait pu être acceptée par tous.

M. Pocar (co-Rapporteur) estime nécessaire à propos de l'article 35 d'attirer l'attention sur une question laissée ouverte par la Commission spéciale et sur laquelle la délégation de la France revient avec l'emploi des termes « sur requête ». Il s'agit des conditions et de la procédure à suivre pour la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques. En effet, l'article 35(3) de l'avant-projet, renvoyant aux dispositions générales du chapitre III sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, figure entre crochets. M. Pocar invite les délégations à débattre du point de savoir si un renvoi est acceptable ou si cette question doit être réglée en détail par la Convention.

Mr Trooboff (United States of America) expressed his concerns that there might be conditions other than reciprocity that ought to be included in a declaration on the enforceability of authentic instruments. He further noted that it could take time until the consequences of Article 35(3), which had so far been put in square brackets, would become clear since it was open as to how one could organise the procedure of treating an authentic action, if it were to be treated as a judgment. Without this necessary time, paragraph 3 would be better left unsaid.

Mr Shimizu (Japan) clarified the position of the Japanese Government: even though authentic instruments were known to Japanese law, there would be difficulties in determining whether foreign instruments could qualify as equivalent authentic instruments under Japanese law. There was, on the other hand, no reason to object if other States were willing to enforce foreign authentic instruments. This was why he favoured the positive declaration set out in Article 35 of the preliminary draft Convention. The French proposal in Working Document No 62 reversed the principle of a positive declaration, which was unacceptable for Japan.

Mme Bourgeois (France) souhaite apporter une précision sur les termes « sur requête » employé dans le Document de travail No 62. Elle explique qu'il s'agit d'un acte saisissant l'autorité chargée de la reconnaissance de l'acte authentique. Le sens de ces termes varie suivant les États; mais de façon générale, elle pense que l'on peut considérer qu'il s'agit d'une simple demande.

The Chair summarised the discussion and its results. He noted that the original text of Article 35 of the preliminary draft Convention was supported by at least one delegation, that there was some support for the proposed paragraph 1 in Working Document No 62, save for some hesitation over the wording "*sur requête*", and that there was an issue regarding reciprocity remaining.

He proposed that Article 35(1) of the preliminary draft Convention and Working Document No 62 should each be set up as options. He noted that there was general agreement on Article 35(2). With reference to the last comment by Mr Trooboff, the Chair proposed that Article 35(3) should remain as it was in square brackets. He stated that there was no consensus on Article X of Working Document No 62, so that the proposal should also be placed in square brackets.

Mr Trooboff (United States of America) noted that the summary had left out that a declaration should allow reservations other than reciprocity. He announced that a Working Document would be prepared on this.

The Chair said that this forthcoming Working Document would certainly be considered. Concerning Article 36 of the preliminary draft Convention, he presumed that there was general agreement.

He finally asked whether the delegation of the United States of America would introduce and present Working Document No 46 which dealt with forms, an item from the agenda of the day before that had been left open. A discussion on this may be carried out later.

M. Bucher (Suisse) estime qu'il serait plus opportun de présenter le Document de travail No 46 lorsque les délégations disposeront de davantage de temps pour en discuter afin de ne pas séparer la présentation de la discussion. M. Bucher remarque de même que le temps manque pour examiner la proposition du Groupe de travail sur l'arbitrage présentée dans le Document de travail No 52.

The Chair said that he only wanted to ensure that the matter of forms would not be ignored.

Mr Kovar (United States of America) asked for the agenda for the afternoon.

The Chair answered that first the remaining questions on Article 4, Article 5, the Working Document on branches and the Working Document on arbitration would be dealt with.

Mr Kovar (United States of America) asked whether one would not deal with torts.

The Chair confirmed that the meeting would not go back to the item of torts.

The meeting was adjourned until 2.30 p.m.

Procès-verbal No 11

Minutes No 11

Séance du mardi 12 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Tuesday 12 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.40 p.m. Mr Smith was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair opened the meeting by announcing several proposals from the Bureau of the Commission regarding the

organisation of future sessions. He informed the meeting that a working group would meet in the late afternoon to consider Article 33 of the preliminary draft Convention, under the chairmanship of Mr Philip (Denmark). Another working group under the chairmanship of Mrs Borrás (Spain) would consider Article 34 of the preliminary draft Convention. A last group would study the issue of *res judicata* under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland). He invited members of delegations willing to participate in the discussions to attend the meetings of the relevant working groups.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il ne pourra participer personnellement au Groupe de travail informel sur l'article 25 (*res judicata*) et souligne la nécessité d'une participation large de délégations de toutes origines eu égard à la sensibilité du sujet.

Le Président demande à certaines délégations de participer aux travaux du Groupe de travail informel.

The Chair then explained the agenda of the present session, which was to start with a discussion of various Working Documents dealing with Articles 4, 5 and 9. The meeting would next discuss the issue of forms. He also outlined the agenda of the future sessions. The session of Wednesday morning would be devoted to issues related to intellectual property rights. In the afternoon, the meeting would turn to provisional and protective measures. In the late afternoon, a working group would meet to consider the issue of rules of jurisdiction based on the activity of the defendant. The meeting would spend Thursday morning studying jurisdiction for employment and consumer contracts, and then move to jurisdiction in tortious matters and the prohibited grounds of jurisdictions. This last issue would also be taken up by a working group meeting in the late afternoon. On Friday, the meeting would take up several issues concerning the recognition and enforcement of foreign judgments and hope to achieve substantial progress regarding these matters. It would also have to discuss the structure of the Convention. The Bureau of the Commission would then meet on Friday to consider the agenda for next week. The Chair recognised that some issues would have to be left undiscussed as the last week of the meeting had to be devoted to a global review of the progress made.

The Chair thanked all delegations for the goodwill shown and the progress achieved. He asked the delegates to show even more co-operation and flexibility, in particular when submitting new Working Documents. It would prove useful if the delegations would consider allowing the co-Reporters to include a reference to some of the Working Documents in the footnotes instead of insisting on including new bracketed text in the Convention itself. He then asked the meeting to consider Working Document No 60 and thanked the Informal Working Group on Article 9 for the work performed.

Mr Kovar (United States of America) inquired whether the meeting would also consider the issue of the forms annexed to the Convention.

The Chair replied that the meeting would first deal with Working Document No 60.

Ms Nickerson (United States of America) thanked the delegations of Japan and the United Kingdom for their co-operation in drafting Working Document No 60. She reminded the meeting that Working Document No 12 intended to add a new definition to Article 9 of the preliminary draft Convention to make it clear that in principle subsidiaries were not to be regarded as branches or other establishments for the purposes of this provision. In order to respond to the confusion that had been raised by the original text of Article 9, Working Document No 12 incorporated some language from the Report of the preliminary draft Convention. She also recalled that the meeting had agreed on the substance of the change but that serious difficulties had been raised with the text of the proposed change. Working Document No 60 represented an attempt to meet some of the concerns raised by suggesting the addition of a new second paragraph to Article 9.

The Chair asked the delegations to comment on the text suggested by Working Document No 60.

Mr Hu (China) thanked the delegations that had worked on Working Document No 60. He reminded the meeting of his earlier comments to the effect that his delegation would have to consult broadly with experts in corporate law before agreeing to any text. He added that his delegation supported in principle the idea of distinguishing between branches, agencies and other establishments on the one hand, and subsidiaries on the other hand. However, he observed that the language suggested in Working Document No 60 seemed to go beyond this mere distinction and transform what was an exception into a rule by suggesting that a subsidiary could be considered to be a branch and create jurisdiction. The new Document invited misunderstandings and confusion as to what exactly is a branch. It further introduced the new concept of "subsidiary" without providing any definition. Mr Hu concluded by stating that his delegation would have difficulties supporting the Working Document.

M. Bucher (Suisse) estime que le texte proposé dans le Document de travail No 60 est un progrès, mais qu'il ne donne pas entière satisfaction. Comme la délégation de la Chine l'a relevé, la définition ajoutée au paragraphe 2 est, selon lui, de peu de substance. Néanmoins, le texte est, en l'état, le meilleur pour l'instant, de sorte qu'il conviendrait de le conserver, puis de l'améliorer. Il signale à cet égard que l'adverbe « nécessairement » n'a pas d'équivalent dans la version anglaise du texte et qu'il n'est d'ailleurs pas utile. Il propose donc de le biffer du texte français. En outre, il indique que l'expression « du simple fait » devrait être allégée et qu'il serait préférable d'y substituer les termes « du seul fait » comme dans l'article 1(3) du projet.

Mr Nygh (co-Reporter) reminded the meeting that there was a clear distinction between a branch and a subsidiary. Whereas a branch was an integral part of the parent organisation and was under its immediate control, a subsidiary was a distinct and separate legal entity. He referred to paragraphs 127 and 128 of the Report of the preliminary draft Convention.

Mr Wagner (Germany) observed that the new paragraph 2 suggested in Working Document No 60 was difficult to understand. He suggested re-phrasing the paragraph in a positive manner. He added that the new text seemed to contradict the fundamental principle that a corporation was not liable for the activities of its subsidiary and that he therefore could not support the proposal.

Mr Möller (Finland) observed that the present draft was not satisfactory. He noted that the Convention should adhere to the rule that a subsidiary, as a separate entity from the parent company, cannot be considered to be a branch. He then noted that the second paragraph contained in Working Document No 60 suggested that a subsidiary can be assimilated to a branch in some circumstances without explaining precisely what exactly is required to that effect. He concluded by observing that it would be preferable for the Convention to be silent on this issue rather than to add new language that could create confusion.

Mr Liew (Republic of Korea) thanked the authors of Working Document No 60 and observed that it constituted an improvement on the language suggested in Working Document No 12. He reminded the meeting that the text proposed in Working Document No 12 had possible implications on the doctrine of piercing the corporate veil. In that respect, Working Document No 60 provided a new and welcome approach by limiting itself to a clarification. He urged the meeting to limit any addition to Article 9 to a simple clarification without touching upon the substance of the issues.

Mr Trooboff (United States of America) reminded the meeting that the original idea was to incorporate in the text of the Convention some of the explanations provided in the Report of the preliminary draft Convention. He doubted whether it would be possible to reach any agreement on an eventual standard for the doctrine of piercing the corporate veil or that of agency. The Convention should therefore only incorporate a provision signalling the existence of these issues without addressing the substantive issues. These would then fall outside the Convention and be left to the national law.

Mr Wagner (Germany) observed that accepting the text as suggested in Working Document No 60 would allow Contracting States to do whatever they wish on the doctrine of piercing the corporate veil. He advocated another approach, under which the Convention would simply prohibit Contracting States from taking jurisdiction over subsidiaries, even under the doctrine of piercing the corporate veil. In any case, he reiterated that his delegation could not accept the proposal made in Working Document No 60.

Mr Trooboff (United States of America) explained that Working Document No 60 attempted to avoid discussions and controversies on the substantive issues. He further suggested that, if no agreement could be reached, the matter be moved to the "grey" area. He also stressed the importance of the question for the practical application of the future Convention.

Mr Nygh (co-Reporter) requested a clarification from the Delegate of the United States of America. He wished to know whether, in the absence of a consensus, his delegation intended to suggest deleting Article 9 altogether.

Mr Kovar (United States of America) replied that the removal of the entire Article 9 would have effects on other provisions of the Convention and stressed the need to look at the provisions of the Convention as a whole.

Mr Trooboff (United States of America) added that the issue of the rules of jurisdiction based on the activity of the defendant would not disappear with the removal of Article 9, since this method had also been adopted in other provisions. The only question that would be left to the "grey" zone would be that of the jurisdiction for branches, agencies and other establishments.

Mr Goddard (New Zealand) suggested that if a consensus proved impossible to find, only the controversial part of the provision should be moved to the grey zone. He assumed that there was still agreement among the delegations to recognise jurisdiction for the disputes related to branches, agencies and other establishments when these constitute the mere emanation of another legal entity. He therefore suggested adding a new paragraph in Article 9 to the effect that a subsidiary was not a branch for the purposes of this provision. Contracting States would then be barred from exercising jurisdiction over a subsidiary under Article 9, but could still do so if their national law so permits.

Mr Möller (Finland) agreed with the proposal made by the Observer from New Zealand because it made clear that as a rule, a subsidiary could not be considered to be a branch, hence no jurisdiction can be exercised under Article 9. He cautioned against removing the entire provision from the Convention.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed strong disagreement with the suggestion to remove Article 9 entirely from the Convention. He supported the proposal made by the Observer from New Zealand to state expressly in the Convention that a subsidiary was not a branch. At the same time, Contracting States would then be allowed to lift the corporate veil and assert jurisdiction over a subsidiary if they wish to do so, even if it meant losing the benefit of the recognition regime put in place by the Convention.

Mr Trooboff (United States of America) rejected the suggestion made by the Observer from New Zealand because it failed to incorporate the two recognised exceptions to the rule that the presence of a subsidiary in the jurisdiction does not create jurisdiction. The Report of the preliminary draft Convention mentioned these two exceptions, stating that a subsidiary may exceptionally attract jurisdiction over the defendant by acting as an agent of the defendant, or by failing to maintain a distinct and separate legal entity. Mr Trooboff asked whether it would remain possible to exercise jurisdiction in these two cases under the rule proposed by the Observer from New Zealand.

Mr Goddard (New Zealand) replied that under his suggestion, there would be a clear distinction between two hypotheses. In the first case, the entity acting in the Contracting State is clearly a branch. It would then be appropriate for the courts of this State to exercise jurisdiction under Article 9 and their judgment would benefit from the rules on recognition of the Convention. However, there did not seem to be a consensus in the meeting to define the boundary between the subsidiary acting as such and acting as a branch. Therefore, it would be left to the national law of the Contracting States to determine whether their courts can exercise jurisdiction over a subsidiary.

Mr Nygh (co-Reporter) requested clarification. He wondered whether the proposal of New Zealand would mean that Article 9 would include a provision simply stating that a subsidiary shall not be considered a branch. If yes, he noted that this suggestion would certainly have an immediate impact on the list of the prohibited grounds of jurisdiction. The jurisdiction that might be claimed by a Contracting State over a subsidiary as an agent or an alter ego of the parent company would belong to the "grey" list and not to the "black" list. The meeting would then have to consider whether or not to keep Article 18(2) *e)* in the list of the prohibited grounds of jurisdiction.

Mr Goddard (New Zealand) replied that he was unsure whether his suggestion would have the said effect on the list of the prohibited grounds of jurisdiction. He noted that Article 18(2) *e)* only excluded the exercise of jurisdiction by Contracting States over disputes which are not directly related to the activities of the subsidiary. Hence, Contracting States would still be able to assert jurisdiction over a subsidiary provided they limit the jurisdiction to those disputes that are directly related to the activities of the subsidiary. He acknowledged however that further reflection was needed on the interaction between Article 9, as modified, and the list of the prohibited grounds of jurisdiction. He concluded by explaining that his proposal aimed only at a re-definition of the scope of the "white" list and did not touch the boundaries between the "grey" and the "black" zones.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the proposal made by the Observer from New Zealand aimed at adding a second paragraph to Article 9, stating that, for the purposes of applying the first paragraph, a subsidiary would not be considered to be a branch. He repeated that this proposal could have an impact on the list of the prohibited grounds of jurisdiction.

Mr Trooboff (United States of America) explained that the suggestion made by the Observer from New Zealand went too far because it carved out a portion of the "white" list of required grounds of jurisdiction. He noted that, in some circumstances, a subsidiary is completely dependent on the mother corporation and does not even pretend to retain a separate and distinct legal entity. He added that there was no reason to prevent Contracting States from exercising jurisdiction in that case and giving a "free ride" to sham subsidiaries.

Mr Goddard (New Zealand) replied that, as it had proven impossible to draft a rule explaining precisely where the boundary lay, it should be left to the grey zone and national law to decide under which circumstances a court may exercise jurisdiction over a subsidiary which had acted as an alter ego of the parent corporation.

Mr Kovar (United States of America) replied that the suggestion made by the Observer from New Zealand would amount to giving a free ticket out of the "white" zone to large corporations, in that it would be possible to escape jurisdiction under the Convention by carrying out a corporate restructuring. He also reminded the meeting that the Convention constituted a global package and that any subtraction from the list of required grounds of jurisdiction would have to be compensated by a modification of the list of prohibited grounds of jurisdiction. He concluded by stating that his delegation would have less interest in the future Convention if it did not include a ground of jurisdiction along the lines of Article 9.

M. Bucher (Suisse) indique fermement qu'il n'y a pas lieu d'élargir tout à coup la zone grise et de réduire la liste des fors prohibés.

Il souligne que la divergence est purement terminologique, un consensus se dégageant en réalité sur le fond. La difficulté est liée au fait qu'une filiale peut dans certains cas opérer comme représentante de la société mère. Dans une telle hypothèse, l'article 9 doit pouvoir s'appliquer et l'on lève l'écran de la personnalité morale de la filiale. Il est simplement délicat de trouver un moyen exprimant l'absence d'exclusion de cette hypothèse de la Convention. La solution pourrait peut-être être trouvée dans le cadre de l'article 9(1), où l'on pourrait, après les termes «*branch, agency or other establishment of the defendant* / succursale, agence ou tout autre établissement du défendeur», ajouter quelques mots afin d'indiquer que l'on vise l'hypothèse où l'entité n'est pas distincte du défendeur.

Mrs Bariatti (Italy) indicated that the difficulties resulted from the wish to incorporate in the text of the Convention some of the elements of explanation provided in the Report of the preliminary draft Convention. She warned that it would be dangerous to attempt to summarise these explanations in a succinct provision. She then noted that the meeting could leave Article 9 as it is found in the preliminary draft Convention, and give a few examples in the Report to alleviate the uncertainty regarding the concept of "branch". Another option would be to attempt to improve the proposal made by the Observer from New Zealand. Article 9 would then include a second paragraph providing that, in principle, a subsidiary cannot be considered to be a branch. Some exceptions could however be made to this general rule, which could be circumscribed in the Report. She concluded by stating that in any case, the future Convention should include at least the part of Article 9 on which there seems to be an agreement among the delegations.

Mr Dogauchi (Japan) reminded the meeting that originally his delegation had suggested abandoning "branch, agency or any other establishment" altogether. He added that his delegation now accepted these terms in this provision, but at the same time would like to see a clear definition of the concept of "branch, agency or any other establishment" included in Article 9.

Mr Shimizu (Japan) supported the suggestion made by the Delegate of Switzerland to take some time to reflect on the various proposals and their consequences. The question was really one of explanation in the Report. He suggested adding a paragraph to Article 9 stating that a subsidiary cannot be considered to be a "branch, agency or any other establishment" and explaining in the Report that some exceptions could be made to this general rule. It would be easier to state the general principle, on which there was an agreement, in the Convention and to leave the exceptions to be taken care of in the Explanatory Report.

Mr Wagner (Germany) noted that the issue under discussion was an important one. He added that it was a matter of substance, and that therefore it could not be hidden in the Explanatory Report. He concluded by endorsing the proposal made by the Observer from New Zealand to state expressly in Article 9 that a subsidiary cannot be considered to be a branch.

Mr Goddard (New Zealand) replied that the suggestion made by the Delegate of Switzerland deserved to be followed, as it could prove dangerous to consider modification of the scope of the "white" list without pondering long enough on the issue.

M. Bucher (Suisse) rappelle que, contrairement à ce que la délégation des États-Unis d'Amérique laisse entendre, la suppression de l'article 9 n'aurait pas pour conséquence nécessaire une extension de la zone grise sur ce point. En effet, la matière peut être couverte, et l'article 9 devient alors superflu, par une acception compréhensive du domaine des articles 6 (Contrats) et 10 (Délits), en tenant compte de la notion d'activité.

The Chair closed the discussion on Article 9 by explaining that the meeting probably needed a little more time to think about the issue. He asked that a working group be convened to examine the various suggestions made during the discussion.

Ms Nickerson (United States of America) replied that she would welcome any delegate who wished to join the discussions on Article 9 and she thanked once more the members of the original Working Group.

The Chair then asked the meeting to consider Working Document No 46 introduced by the United States of America which suggested a form to be used for the enforcement of judgments.

Ms Haines (United States of America) explained that Working Document No 46 contained a form designed to facilitate the recognition and enforcement of final judgments. Additional forms would be needed for the recognition of settlements as well as for provisional and protective measures. She went on to mention a couple of the elements required by the form. In the first instance, the form required that some information be given about the court of origin. The requirement

that a complete and certified copy of the judgment be provided derived from Article 29(1) *a)* of the Convention. The form also required that the court identify separately the bases of jurisdiction and the findings of fact on which it based its jurisdiction, as Article 27(2) provided that the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction. The court of origin was also asked to mention separately the money damages, the interests and the non-monetary remedy it awarded, as well as the court costs and expenses. The form also required the court to mention whether the judgment was rendered by default, in which case the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings should be attached. This mention was important since in the case of a default judgment, the court addressed was according to Article 27(2) not bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction. The form also left room for some part of the judgment to be severed from the rest, as Article 34 allows for the recognition or enforcement of part of the judgment.

Ms Haines then detailed a few of the changes that had been brought to the form following the comments made during the informal meeting that took place in Edinburgh. She noted in the first place the possibility for the court of origin to mention the rules of national law on which it had based its jurisdiction, as recognition could be granted when the national rule conformed with the required grounds of jurisdiction prescribed by the Convention. The form also required the court to specify the rate of interest if any interest had been awarded as well as the date from which the interest was to be computed. Finally, the wording of the reference to the court costs had been altered to reflect the wording of Article 23 of the Convention. Ms Haines concluded by mentioning that the footnotes appearing in Working Document No 46 were to be understood as guidelines for the negotiations but would not be included in the final version.

The Chair invited the delegations to comment on Working Document No 46.

Ms Renfors (Sweden) thanked the delegation of the United States of America for the useful draft produced in Working Document No 46. She noted that the form constituted an extremely useful addition to the Convention because it would facilitate the practical application of the recognition and enforcement mechanism. At the same time, it served as a reminder of the issues and provisions that still needed to be discussed. She added that some of the details of the form, as it is laid out in Working Document No 46, still needed to be discussed. She advised that this task was better left to a small working group.

Mr Möller (Finland) congratulated the delegation of the United States of America for the form laid out in Working Document No 46. He noted, however, one difficulty with the separate mention of the legal grounds for the jurisdiction of the court of origin and the findings of fact on which it based its jurisdiction. It would indeed be difficult for the court of origin to mention on which facts he based his jurisdiction when the defendant did not challenge the jurisdiction of the court. The judgment itself would then probably be silent on this point and it would be most difficult for the court to explain its decision if the matter had never been addressed during the proceedings. He suggested, therefore, requiring the mention of the findings of fact only in cases where the defendant had challenged the jurisdiction of the court of origin.

Mr Beaumont (United Kingdom) thanked the delegation of the United States of America for the improvements made to the form. He replied to the comment made by the Delegate of Finland by explaining that Contracting States may have to change their internal laws and require the plaintiff to systematically mention the ground of jurisdiction on which the court can base its jurisdiction. He added that the form would need to be revised to make it clear which part of the monetary damages awarded by the court is compensatory and which part is non-compensatory.

M. Bucher (Suisse) estime que le projet de formulaire repose sur une bonne idée de principe. Il considère toutefois que, quant à la forme juridique, il convient de le présenter comme une recommandation, qui ne serait donc pas imposée aux États en annexe à la Convention.

Il indique qu'un groupe de travail devrait réfléchir aux mentions indispensables après adoption du chapitre III du projet, puisque ces mentions dépendent des dispositions conventionnelles qui seront retenues. En outre, il explique que certains aspects de la proposition contenue dans le Document de travail No 46 sont à revoir: ainsi l'exigence de rappel des constatations de fait est peut-être à la fois contraignante et inutile dans la mesure où le jugement y fait référence; la mention des chefs de compétence nationaux est étonnante puisque ceux-ci seront exclus du champ de la Convention; la question des intérêts et des coûts est à reprendre puisque ceux-ci peuvent être compris dans le montant alloué, alors que ceux-là font parfois l'objet d'une décision séparée.

Mrs Sapp (International Trademark Association) observed that Article 29 of the Convention required that a complete and "certified" copy of the judgment be provided. She asked whether the concept of certification was known to all Contracting States.

Mme Bourgeois (France) s'interroge sur la portée juridique du formulaire pour le juge requis et estime qu'il devrait valoir à titre de source d'information parmi d'autres.

Mr Trooboff (United States of America) noted that the form, as laid out in Working Document No 46, only required the court to provide a minimum amount of information. He noted that this information would prove useful and facilitate the task of the court addressed. In his opinion requiring the court of origin to fill in the form would not be overly burdensome. The Convention should therefore make it mandatory and not simply recommended. Turning to the question raised concerning the mention of the national grounds of jurisdiction, he recognised that if the court of origin had assumed jurisdiction under a ground of jurisdiction provided for by national law, the Convention, as a rule, would not be applicable. He noted, however, that it could not be excluded that the form be used outside the scope of the Convention.

He also asked that the delegations express their concerns about specific mentions required in the form so as to facilitate the task of the Working Group which would certainly review the form.

The Chair asked whether, in the opinion of the delegates, the Convention should require the form to be completed.

Mr Trooboff (United States of America) replied that mandating the completion of the form would be the most efficient system. The court addressed would immediately be able to assess if the judgment fell under the Convention and if the various conditions for recognition and enforcement were satisfied. Imposing the mandatory completion of the form would save the court addressed a considerable time.

The Chair inquired further if it was possible to find any middle ground, for example by including only a minimum

Procès-verbal/Minutes No 11

amount of information in a mandatory form and leaving the rest of the information to be provided at the discretion of the court of origin.

Mr Trooboff (United States of America) replied that, in his opinion, the form as laid out in Working Document No 46 only required basic and minimal information. He also doubted whether any of the information required could be deemed not useful in proceedings aimed at the enforcement of the judgment. He also explained that the form really aimed at improving the efficiency of the process of recognition and enforcement.

Mr Siqueiros (Mexico) noted that the concept of requiring the court of origin to provide information in an *ad hoc* form for recognition and enforcement to be obtained was new and surprising, in particular for the delegations that had not attended the informal meetings. He could not recall such a concept being used in a convention aimed at the recognition and enforcement of foreign judgments.

The Secretary General reminded the meeting that a number of Hague Conventions had made reference to a form to be used for international co-operation. He referred in particular to the *Hague Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*, noting that the form it provided had proven too complex for application in practice. The *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* also requires Central Authorities to complete a form following a model annexed to the Convention. The *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* not only provides a form, but also a special procedure to amend the form. Finally, both the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* and the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* recommend the use of a form.

Mr Goldwater (Israel) recognised that the use of a special form could prove a useful technique to facilitate the application of the Convention but noted that it was, as such, foreign to his legal tradition. He added that it would be very difficult for a judge to complete a form after having written his judgment. He concluded that the Convention should only recommend, and not impose, the use of a form.

Mr Trooboff (United States of America) observed that many other international conventions had used the technique of the form. He referred in particular to the *Inter-American Convention on Service of Process*. He also noted that the idea behind Working Document No 46 was not to displace any of the national rules of the Contracting States, but simply to supplement the process and at the same time to facilitate the recognition proceedings by imposing a certain discipline on the parties involved.

M. Tell (Commission européenne) s'associe aux remerciements qui ont été adressés à la délégation des États-Unis d'Amérique pour la proposition aussi ambitieuse qu'utile qu'ils ont formulée (Doc. trav. No 46). Afin d'éclairer la tâche d'un éventuel groupe de travail, il demande en particulier qui devra remplir le formulaire, et notamment si le juge devra le signer; quel sera l'effet contraignant de l'association du formulaire au jugement; dans quelle(s) langue(s) le formulaire sera rédigé (outre le français et / ou l'anglais) et si le formulaire conditionnera, au regard de l'État requis, la recevabilité de la requête.

Mr Tell finally asked whether the form would have a binding effect.

Mr Möller (Finland) expressed the view that the Convention should not make the use of the form mandatory, rather simply recommend it. He also noted that it would be very difficult to require Contracting States to adapt their national laws to the specific mentions required by the form. It would, for example, not always be easy to determine beforehand whether or not a judgment would need to be recognised in a foreign country. He also explained that it would be contrary to the basic principles of national procedural law to require a court to explain in a form what it decided in the judgment and eventually to complete some information that was not provided in the judgment.

Ms Cameron (Australia) remarked that it was difficult to require the court to mention in the form the findings of fact on which it based its jurisdiction, since such findings might well not have been made, for example because the jurisdiction was not contested by the defendant. She suggested that if the Convention were to require the form to be completed, the first two questions concerning the jurisdiction of the court of origin should not be made mandatory but rather could be left blank if not relevant for the case at hand. She recognised, however, that the use of a form might greatly facilitate the practical application of the Convention.

Mr Liew (Republic of Korea) noted that the form may prove very useful in practice but at the same time could impose a significant effort on the court of origin, in particular if the form is to be completed in the language of the court addressed. He feared that some of the information that was required could lead the court addressed to undertake a "*révision au fond*" of the foreign judgment. Mr Liew also referred to the question of the interests which had already been discussed. He concluded that further work and thought were needed to improve the form.

Mr Goddard (New Zealand) observed that, even if the Convention were to require the court of origin to complete the form, it should not make the production of the form a prerequisite to obtain the recognition or enforcement of the judgment, since it might prove difficult for the plaintiff to obtain a completed form from the court of origin.

Ms Fassberg (Israel) agreed with the Observer from New Zealand and added that it might prove easier and more effective to require the party seeking recognition and enforcement of the judgment to complete the form, and not the court of origin. Article 29 of the Convention would then require that the party seeking enforcement should produce a complete and certified copy of the judgment and complete the form themselves.

The Chair closed the discussion on the issue of the form annexed to the Convention by inviting the delegations to form a working group to review the issues raised during the discussions, and in particular the question of the mandatory character of the form. He reminded the meeting that several working groups would meet following this session.

The meeting was closed at 4.15 p.m.

Procès-verbal No 12
Minutes No 12

Séance du mercredi 13 juin 2001 (matin)

Meeting of Wednesday 13 June 2001 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 30 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

Le Président, au nom des membres de la Commission spéciale, adresse de chaleureux remerciements au Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'au Bureau Permanent, pour la grande réception qu'ils ont donnée la veille au Musée « Mauritshuis », lieu hautement chargé d'histoire.

The Secretary General expressed his great pleasure at having received so many radiant guests at the reception the previous evening. He hoped that the delegates would be inspired by the beauty of the Mauritshuis art and that this inspiration would aid them in defining their objectives more clearly today.

The Chair moved on to the topic of intellectual property. He proposed that the meeting discuss the topic until 12:30 p.m. then return after lunch to resume discussion of provisional and protective measures. He called upon Mr Pocar to introduce the topic of intellectual property.

M. Pocar (co-Rapporteur) souligne au préalable que la propriété intellectuelle et industrielle soulève des problèmes très délicats à appréhender. Il précise qu'à ce sujet, il convient de se référer aux paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 12 de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale. Il observe que certains passages figurent entre crochets : les dispositions du paragraphe 4 le sont partiellement, tandis que les dispositions des paragraphes 5 et 6 le sont intégralement. M. Pocar renvoie par ailleurs à l'annexe IV du Document préliminaire No 15, qui contient le Rapport du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle, établi lors de la réunion informelle d'Édimbourg. Enfin, il note que, antérieurement à l'ouverture de la présente séance, une seule proposition a été communiquée, par l'*International Trademark Association* (INTA), dans le Document de travail No 59.

Le co-Rapporteur identifie deux questions principales en ce domaine. La première porte sur la mesure dans laquelle la matière doit être régie par la future Convention ; à cet égard, des vues bien différentes s'opposent. Il rappelle que l'article 12 de l'avant-projet traite de tous les problèmes de propriété intellectuelle, à l'exclusion des « droits d'auteurs [et des] droits voisins même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement ». En ce qui concerne les brevets et les marques, le texte prévoit un chef de compétence exclusive au profit des tribunaux de l'État du lieu du dépôt ou de l'enregistrement. La seconde des problématiques qui sont jugées essentielles par M. Pocar est relative à cette attribution de compétence exclusive : si le principe est acquis, encore faut-il en définir la portée. Il relève que l'avant-projet retient cette règle pour la validité des brevets et des marques. Puis, il souligne qu'en revanche, pour la violation des brevets et des marques, la Commission spéciale n'a pas réussi à adopter de position nette.

M. Pocar envisage la possibilité de laisser de côté les problèmes traités par les paragraphes 5 et 6. Il s'agit d'une part des actions relatives à la violation d'un brevet, pour lesquelles la compétence des tribunaux du lieu de dépôt ou d'enregistrement pourrait être non exclusive, et d'autre part de la compétence à titre incident. Il suggère en outre que la discussion soit d'abord menée dans un cadre général, avant de se pencher sur les questions spécifiques. Il estime qu'il est nécessaire d'appréhender séparément les droits de marque, les droits de brevet et les droits d'auteur car les problèmes peuvent se poser de façon fort différente dans ces diverses matières.

The Chair suggested that the meeting begin with a general survey and then move into discussion of individual subject matters. He noted the attendance of several organisations representing various intellectual property interests and invited their interventions.

Mr Shimizu (Japan) said that the topic was difficult due to the complex nature of intellectual property rights, the varied nature of State acts, and the more general problem of e-commerce. He regretted that, as yet, his delegation had no firm position regarding these matters. He said, however, that he looked forward to the discussion of the meeting and hoped to take its findings back to Japan for further study and consideration.

Mr Nakazono (Japan) added that he was concerned about the relationship between intellectual property and the Internet. He said that domestic consultations with interested parties were occurring in Japan at that time, but no consensus had been reached. He remarked that it would be useful to have an intellectual property meeting before the next Diplomatic Session.

Ms Kurucz (Hungary) said she had read the Edinburgh Working Group report in Preliminary Document No 15, Annex IV, and asked why the intellectual property rights in Article 12, paragraphs 4 to 6, were dealt with separately. She reported that experts in Hungary preferred a common rule dealing with patents, trademarks, and copyright together.

Ms Schulz (Germany) pointed out that the last line of the first paragraph of the Working Group report in Preliminary Document 15, Annex IV, anticipated a possible merging of the separate draft provisions. She explained that the Edinburgh Working Group members had simply intended to facilitate discussion and flexibility by separating the patent, trademark, and copyright provisions. She announced that a proposal to merge the provisions would soon be formally presented to the meeting.

Mr Bennett (Australia) first reminded the meeting that, as private international lawyers, they should resist the arrogant assumption that their knowledge extended to all areas of law. He then said it was essential in the area of patents that there be exclusive jurisdiction in the place of registration. Patent rights were local rights and by nature reflected local policy considerations. Mr Bennett said that each country maintained its own balance of patent protection values and it was not possible to devise foreign law on this. With regard to trademark, he noted that not all trademarks were registered and mentioned varying practices such as "passing off" and "misleading / deceptive conduct" in advertising. He said some-

thing analogous to patent jurisdiction provisions was needed in these areas as well, since the law concerning their protection was also local in nature.

Mr Bennett went on to say it was essential that the same rule apply to infringement as to validity since they were two sides of the same coin. The defendant in patent infringement cases typically set up a dilemma of patent construction. If the patent were construed broadly, it was invalid. If it were construed narrowly, the defendant's actions did not constitute infringement. For this reason, Mr Bennett asserted that the question of infringement always involved a question of validity as well. He said the same principles applied to trademark and copyright. He further pointed out that while instruments such as the TRIPS Agreement addressed the issue, they were not universal in application.

Ms Schulz (Germany) agreed that countries needed to strike a balance when developing jurisdictional rules concerning intellectual property rights. She drew basic distinctions between patent, copyright, and trademark. She noted the right-holder's strong interest in not having to chase down a defendant for Internet infringement in multiple States. The benefit of consolidating infringement claims was nevertheless countered by the right-holder's desire to have a correct decision, so it was alternately attractive to bring the claim before a court well-versed in local law.

Ms Schulz said that exclusive jurisdiction in the State of registration for infringement cases made sense. Patent rights came into existence through registration. Copyright had no such proceedings but existed through the act of creation. For this reason, she disagreed that all rights could be treated the same way.

Mr Kovar (United States of America) agreed that patent, trademark, and copyright rights should not be discussed together. He urged the Chair to organise the discussion accordingly.

The Chair asked for general comments. Seeing none, he invited Ms Schulz to introduce the perspective of the Edinburgh Working Group.

Ms Schulz (Germany) said that since the Edinburgh Working Group had looked at each right separately she could discuss the individual matter of patents first. She noted the strong procedural element in international agreements dealing with registration and jurisdiction. Ms Schulz stated that exclusive jurisdiction was accorded in all cases in which the relief sought was a decision on patent validity. In her view the core principle of the discussion was whether the same exclusivity should be applied when infringement was the principle issue of the claim. She noted that in infringement litigation, the usual "invalidity" defence required that the court deciding the infringement issue also determine whether the intellectual property right had existed at all. The Brussels and Lugano Conventions currently allowed for consolidation of parallel patent infringement claims in a single State, thus not requiring exclusivity. While this seemed to work fairly well for the 18 Member States with similar systems, she suggested that this solution not be extended to a global system as envisaged by the preliminary draft Convention.

A second option could be for a court deciding an infringement claim to stay its own proceedings and instruct the parties to go to the State of registration for a determination on validity. This was a cumbersome and costly way to deal with the related questions. Therefore, the third option meaning exclusive jurisdiction for patent infringement was a possible solution.

However, Ms Schulz pointed out that, even if infringement were also covered by exclusive jurisdiction, there remained cases in which validity could arise as an incidental question. She offered the examples of two beneficiaries of a will. One party, having inherited a patent, could seek an order to adjust inheritance, based on the alleged invalidity of the patent. Determination of validity in this case would be an incidental question and should be decided by any court. The ultimate relief sought by the suing party was not the determination of the right's validity. However, Ms Schulz noted that the concept of an "incidental question" was not universally understood. Therefore, some definition might be necessary. She admitted that the respective paragraphs in Annex IV (section 1) of Preliminary Document No 15, which were the primary fruits of the Edinburgh Working Group, might need some re-drafting.

Mr Hu (China) generally agreed that any validity dispute should be accorded exclusive jurisdiction. However, he disagreed that incidental questions should be excluded. He said that even in an infringement case, the issue of validity could also be seen as an incidental question because the subject matter carried the validity determination as a pre-condition to the final determination. He reiterated Ms Schulz's call for exclusive jurisdiction for patent infringement cases, but noted that if the validity issue was seen as an incidental question, problems would arise.

Ms Zhao (China) expressed concern about possible difficulties arising from incidental questions at the enforcement stage, where a determination of patent validity might produce an *erga omnes* effect. She said the results of the Edinburgh Working Group were a great improvement over the preliminary draft Convention, but agreed with the Observer for INTA's earlier presentation that it was difficult to find concrete examples where the issue of validity was not involved in an incidental question. She expressed uncertainty as to whether the Edinburgh exemption was enough, but that the problem with deleting the exemption was that no one could be sure how many babies were in the bathwater.

Mr Bennett (Australia) replied that the problem with the baby and bathwater analogy here was that there were rarely ten babies in the bath. He addressed the question of whether an incidental question could arise without involving a patent's validity. He offered the Australian case of a client's negligence suit against his attorney for failure to register a patent in the United States of America as instructed. An outside party had succeeded in registering the patent in the United States first and, as a result, held a patent there. The determination of negligence raised the incidental question concerning the validity of the current patent held by the third party so as to decide whether, if the client's patent had been registered promptly, it would have been valid.

Mr Bennett said Working Document No 59 was useful even though he personally believed it important to maintain the incidental question exception.

Mr Hartley (United Kingdom) asked if he might introduce Working Document No 68 or whether the Chair would prefer delegates continue with a more general discussion. He said he was prepared to do both.

The Chair said Mr Hartley was welcome to proceed, but asked that he read the proposal's provisions slowly as he addressed them, since a French text of the Working Document was not yet available.

Mr Hartley (United Kingdom) apologised for the lack of a French version. He went on to explain that Working Document No 68 was an attempt to convert the Edinburgh text

into treaty form mainly as a modification of Article 12. He said the essence of the proposal was that patent and trademark infringement cases be subject to the exclusive jurisdiction of the State of registration. Mr Hartley said it did not make sense for other countries to decide infringement cases, since all infringement cases were attacks on the validity of the mark.

He went on to discuss the specific provisions of Working Document No 68, saying that the order of the paragraphs could be rearranged. Paragraph 3 granted exclusive jurisdiction to proceedings determining the validity of entries in public registers, but those concerning intellectual property rights would be dealt with separately in following paragraphs. Paragraph 4 featured a simplified version of the Edinburgh text on patents, extracting the Article 12 definitions for placement in a separate definitions section, Article 2A, and placing the term "enforceability" in square brackets for more technical discussion. Paragraph 5 embodied the Edinburgh findings on registered trademarks. Paragraph 6 addressed the question of unregistered trademarks, reflecting the view that they receive the same treatment as registered trademarks. Mr Hartley explained that "unregistered designs" had been flagged in square brackets for later discussion as to its appropriateness. Paragraph 7 was an attempt to define "incidental question" in the area of patent and trademark law, supplemented by a more general entry in the new definitions section. Paragraph 8 was a new proposal to treat other registered industrial property rights similarly to patents. Unregistered trademarks were already covered under the proposed Article 12(6).

Mr Hartley said the proposal was an attempt to clarify the report of the Edinburgh Working Group. He hoped the co-Reporters would take up the issues presented.

Ms Schulz (Germany) expressed thanks for the draft, calling it a workable version of the Edinburgh results in treaty language. She agreed with Mr Bennett's (Australia) view that it must be possible for a court outside of the State of registration to deal with an incidental question on the validity of an intellectual property right if the claim is related to something else entirely. To provide otherwise would paralyse international litigation. She suggested as a possible solution that any incidental question determinations of an outside court be regarded as having no effect beyond its own State borders. In response to the question posed by the Delegate of China as to whether validity was always an incidental question in an infringement proceeding, Ms Schulz said that this complication was the reason such questions were put into the exclusive jurisdiction section. Courts would then not have to concern themselves with treating incidental questions separately from the principal claim, at least in infringement proceedings.

Mrs Sapp (International Trademark Association) supported Working Document No 68 with the exception of its incidental question provision. She challenged the example of the two heirs, saying that according to Article 1(2) *d)* the will contest was outside the scope of the preliminary draft Convention. She said that, in her organisation's consultation with several countries, at no instance did a practitioner or brand-owner say that an incidental question of validity or infringement of trademark had arisen in international litigation. Since there was such a void of concrete examples, Mrs Sapp saw no need for the provision of such a substantial loophole.

M. Bucher (Suisse) introduit le Document de travail No 65. Il précise que cette proposition de la délégation de la Suisse a été préparée avant d'avoir entendu les diverses interventions de la matinée, qu'il juge fort intéressantes. Elle s'inscrit dans le prolongement de la réunion informelle d'Édimbourg: la proposition tend à clarifier le Rapport du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle.

M. Bucher admet d'abord qu'il comprend l'ambition de la délégation du Royaume-Uni, telle qu'exprimée dans les paragraphes 4, 5 et 6 de sa proposition (Doc. trav. No 68), mais il indique que la délégation de la Suisse a au contraire pour objectif rédactionnel de mettre tous les éléments utiles dans un même texte. Par ailleurs, il critique la suggestion qui a été faite de conduire la personne ayant enregistré son brevet dans plusieurs États à agir dans chaque pays où une violation se serait produite. Il relève que l'impact d'une telle solution serait trop néfaste pour les petites entreprises.

Il revient ensuite sur le point de vue exprimé par certains délégués à l'égard de la nécessité d'étendre l'exclusivité de compétence aux actions en violation d'un brevet ou aux actions en contrefaçon. Il rappelle les propos tenus par M. Bennett (Australie) qui a fondé sa prise de position sur les fortes exigences de «*local law*» et de «*local policy*». M. Bucher concède qu'il existe un principe de territorialité en la matière. Mais il manifeste ensuite son désaccord quant aux conclusions qui en sont tirées, de façon quasi automatique, par le Délégué de l'Australie, qui a estimé que, comme la «*policy*» est propre à chaque État, les juridictions d'aucun autre pays ne pourraient ne serait-ce que se saisir d'une action en violation. M. Bucher rétorque que ces arguments lui semblent dépassés car la conception de la territorialité ne lui paraît plus aussi stricte à l'heure actuelle. En ce sens, il se réfère au droit de la consommation et au droit du travail, domaines dans lesquels la territorialité est également marquée; il observe qu'en ces matières, il ne viendrait jamais à l'idée d'affirmer que les tribunaux d'autres États seront incapables de statuer. Il conclut en espérant qu'une conception dépassée ne sera pas retenue dans la Convention car la situation se trouverait alors pétrifiée dans cet état pour les dizaines d'années de son existence, sans possibilité d'évolution.

M. Bucher évoque l'argument, qu'il considère tout aussi fallacieux, selon lequel la matière serait trop technique pour être soumise aux juridictions d'autres États. Il note que le même raisonnement pourrait être tenu pour les litiges relatifs à la consommation. En outre, il observe que l'objection tombe nécessairement lorsqu'il existe des tribunaux spécialisés en propriété intellectuelle et industrielle, comme cela se présente dans certains pays.

Il insiste par ailleurs sur la nécessité de ne pas négliger la question de l'arbitrage en ce domaine. Il note qu'il est impossible d'ignorer que des dizaines de sentences ont déjà été rendues. Il exprime la crainte qu'une conception aussi rigide que celle qui a été exposée par certains délégués ne conduise à pousser les plaideurs vers la voie de l'arbitrage.

Il rappelle également que selon le régime européen, qui résulte des Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'exclusivité n'existe pas. Dans ce cadre, la possibilité est donnée aux juges de mettre en œuvre des règles de droit étrangères, certes partiellement harmonisées avec le droit local, mais pas totalement. Selon M. Bucher, ce système fonctionne très bien et il devrait être élargi au lieu d'envisager une déconnexion permettant aux États parties à ces instruments de conserver leur mécanisme.

Au sujet des questions incidentes que peut poser la validité du brevet, M. Bucher estime qu'il est inexact de considérer que ce processus entraînera un doublement du nombre des actions. Il note que si l'action est portée devant le tribunal du domicile du défendeur, tous les brevets seront bien soumis aux mêmes juges. Il relève que le problème soulevé par la validité du brevet offre un cas de figure idéal pour la mise en œuvre du *forum non conveniens* et pour l'application des dispositions de l'article 22 de l'avant-projet de Convention. Il observe finalement qu'il existe plusieurs modes d'assouplissement des chefs de compétence.

Le Délégué de la Suisse se livre ensuite à la présentation du Document de travail No 65. Il indique que, comme dans le système applicable dans le cadre européen, la proposition tend à ne donner que pour certaines actions une compétence exclusive aux juges de l'État dans lequel l'enregistrement a été effectué. En ce qui concerne les infractions, une option de compétence est ouverte. Selon la délégation de la Suisse, pour les décennies à venir, la liberté doit être laissée au demandeur de faire un choix : il doit pouvoir éventuellement intenter une action en violation du brevet dans un pays autre que celui du lieu de l'enregistrement, comme celui du domicile du défendeur. À l'égard des questions incidentes, M. Bucher estime que la rédaction de la proposition britannique (Doc. trav. No 68) n'est pas satisfaisante et que le Rapport établi à Édimbourg par le Groupe de travail sur la propriété intellectuelle n'est pas suffisamment clair. Selon lui, il est évident qu'une question incidente ne relève pas du même chef de compétence. Il lui paraît inutile d'en donner une définition, mais il note que, si cela est jugé nécessaire, la délégation de la Suisse en suggère une. M. Bucher revient également sur les autres définitions proposées par la délégation du Royaume-Uni. Il met en garde quant au caractère purement académique d'un tel exercice et quant au risque d'erreur qu'il induit. Il se dit très réservé vis-à-vis de cette entreprise, notamment en ce qui concerne l'inclusion des cours supranationales dans la notion de « *court of a Contracting State* ».

M. Bucher fait ensuite le lien entre ces questions et les demandes reconventionnelles. Il mentionne qu'une autre proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 66) tend à faire en sorte que l'article 15, relatif aux demandes reconventionnelles, réserve les compétences exclusives prévues par l'article 12. Considérant que le seul problème soulevé est celui d'un chef de compétence à raison de la matière, il estime qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. À cet égard, il renvoie au Document de travail No 68 établi par le Royaume-Uni, qui contient une note (No 2) allant dans le même sens.

Il conclut en insistant sur le fait que l'objectif essentiel de la délégation de la Suisse est de réussir à ménager une souplesse suffisante.

Mr Möller (Finland) agreed that there was no reason for exclusive jurisdiction in infringement cases. He expressed reluctance to adopt Working Document No 68 and instead supported Working Document No 65. He did not understand Ms Schulz's (Germany) suggestion that any determinations of incidental questions be binding only within that proceeding. He said there was no need for an exception for intellectual property matters.

The Chair paused before the morning recess to welcome Professor Arthur von Mehren (United States of America) to the meeting.

Ms Zhao (China) hoped that the incidental question provision of Article 12(7) of Working Document No 68 could be placed in square brackets or recalled for further consideration. She said she would prefer to address paragraph 8 when the Chinese and Australian Working Document was available for discussion. Ms Zhao found paragraph 9 to be a technical issue, asking what was intended by "administrative agency or entity empowered to give binding decisions on legal controversies". She said that such an extension of scope raised conflict with instruments like the TRIPS Agreement, requiring that decisions be subject to judicial review. She said she hoped this was a technical issue and suggested that language along the lines of including "administrative agencies acting as administrative courts" be added to Article 12(9) instead.

Ms Zhao agreed with Mr Bennett (Australia) and Ms Schulz's (Germany) view that almost every infringement issue related to validity and added that this posed problems when determining the scope of power to be exercised by administrative agencies.

Ms Schulz (Germany) cautioned the meeting not to assume that the Brussels and Lugano Conventions provided a comprehensive jurisdictional model which could be suitable for a global convention. She said the Conventions did work but mainly because their scope of application was limited to a relatively small geographic region. She reminded the meeting that the Brussels Convention was originally designed to support only six Member States. She also reminded the meeting that private international lawyers should remain willing to defer to individuals with intellectual property expertise greater than their own.

Ms Schulz noted that in Germany, local district judges heard infringement proceedings along with traffic and rent questions. However, if the issue of patent validity were raised, the matter would immediately be directed to a specialised court. She felt it important that proponents of non-exclusivity of jurisdiction for infringement cases be aware of this fact. She remarked that in other systems, validity must be raised as a counter-claim.

Ms Schulz noted further that while, ideally, the right-holder sued for infringement against the pirate, it was more often the case that the pirate sued the right-holder for a declaration of non-infringement. The danger inherent in non-exclusivity was that the pirate was free to choose a forum more favourable to his interests. She conceded that extending jurisdictional exclusivity to infringement was a cumbersome affair in some cases. However, Ms Schulz felt that the middle ground requiring a party to go to the State of registration as soon as a determination of validity was needed was a greater inconvenience in most cases. She noted minimum consensus, at least, that infringement could be placed in the exclusivity section for the purposes of a global convention. It would always be possible to use the disconnection clause to accommodate other instruments such as the Brussels and Lugano Conventions.

Mr Hartley (United Kingdom) reiterated that exclusivity for infringement was key. For this reason, Working Document No 65 was unacceptable. He said that in a suit for infringement outside the State of registration where the defendant raised the question of validity as a counter-claim, there were two possible outcomes. First, the judge might stay the proceedings and send the parties to the State of registration for the determination of validity. Mr Hartley questioned whether this was advantageous to anyone. Secondly, the court in the State where the infringement claim was brought might decide the incidental question of validity itself. This would undermine the rule of exclusivity.

Mr Hartley said the issue of arbitration was irrelevant, since not only was arbitration beyond the scope of the preliminary draft Convention, but infringement actions were rarely arbitrated.

He further noted the need for a special European intellectual property rights regime.

With regard to the incidental question issue, Mr Hartley said the United Kingdom was flexible. He remarked that the concept of an incidental question was not universally held or understood and so the idea needed clarification if it were kept in the text. He suggested further modifying the first sentence of paragraph 7 to say, "but a ruling in such a question shall have no effect in any subsequent proceedings, even between the same parties".

Mr Hartley added that the definition of "courts of a Contracting State" proposed in the new Article 2A, sub-paragraph 1, could be altered as long as it was accepted that the European Court of Justice could have any jurisdiction over the European Union it found necessary. The Swiss proposal that Article 15 should be explicitly subject to Article 12 was acceptable.

Mr Bennett (Australia) added that perhaps the reason so few patent claims were not resolved through arbitration was because one could not arbitrate something *in rem*. He disagreed with Mr Bucher's argument that patent disputes, while difficult and specialised, were no more so than many other areas of law. Mr Bennett held that patent matters were unusually subtle. He gave the example of a new drug patented in several countries, none of which could possibly issue identical patents. Two generic companies manufactured similar products in borderline infringement of the patent and the patentee initiated suits in the several countries. Depending on individual State sympathies, the patentee could obtain several contradictory decisions concerning the same act and the same product. Mr Bennett said that the only hope for consistent rulings of validity was if each country decided matters related to the patents it issued itself.

Mr Bennett then addressed the issue of unfair competition raised by the Observer for INTA. He said that unfair competition was intended to be included in the separate language regarding unregistered trademarks and "neighbouring rights".

M. Voulgaris (Grèce) revient sur le Document de travail No 68, présenté par la délégation du Royaume-Uni, et le Document de travail No 65, présenté par la délégation de la Suisse. Il exprime une préférence pour ce dernier, mais seulement en ce qui concerne les contrefaçons. Il explique cette prise de position par le fait qu'il a été effrayé d'entendre qu'en cas d'enregistrement dans plusieurs États, il faudrait agir en contrefaçon devant les tribunaux de chacun de ces États. Une telle contrainte constitue selon lui une charge excessive pour les plaideurs. Il estime qu'il est également inopportun d'imposer des actions multiples dans le cas où des actes de concurrence déloyale se sont produits dans différents pays. Il observe que le lieu où l'infraction s'est produite est d'ailleurs parfois difficilement identifiable. En ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle, M. Voulgaris se prononce en faveur d'une triple option de compétence. Il lui semble que le demandeur devrait avoir le choix entre trois pays : celui du lieu d'enregistrement, celui du domicile du défendeur et celui dans lequel l'infraction s'est produite. Il insiste sur l'importance de retenir ce dernier chef de compétence, parce qu'il facilite la preuve de la contrefaçon. Pour illustrer son propos, il donne l'exemple d'une erreur que les consommateurs pourraient commettre en raison de l'usage d'un nom proche de celui d'une célèbre marque. Une seule lettre du mot ayant été modifiée pour former cet autre nom, la confusion serait plus ou moins sensible selon les pays. M. Voulgaris estime qu'il convient de tenir compte des conditions de vente locales, et notamment de se prononcer en fonction de la langue employée dans le pays où s'est manifestée la contrefaçon. Il en déduit qu'il convient de ne pas retenir la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'enregistrement, mais qu'au contraire, il faut laisser la porte ouverte à des compétences concurrentes. Il se dit donc favorable à la proposition suisse, quitte à lui apporter une précision afin de prévoir un chef de compétence concurrent attaché au lieu où la contrefaçon s'est produite. Puis, il s'adresse à M. Hartley pour lui demander son opinion quant à une possible confusion entre les paragraphes 5 et 6 de l'article 12, tel que formulé dans le Document de travail No 68. Enfin, M. Voulgaris marque sa préférence pour des compétences concurrentes parce qu'il serait alors possible de faire jouer le renvoi à une autre juridiction grâce au *forum non conveniens*, ce que l'attribution d'une compétence exclusive interdirait.

Mr Liew (Republic of Korea) said that the allocation of intellectual property matters was complex in Korea, where disputes about the validity of a patent fell within the scope of public law. Mr Liew agreed with the delegation of China's view that administrative agencies not be included among the "courts" listed in Article 12(9) of Working Document No 68. He explained that in Korea any patent validity matters were referred to the Intellectual Property Office of the government, an administrative agency acting in a quasi-judicial capacity. However, the process involved more review of relevant documents than any real adversarial exploration of the claim. If a party were dissatisfied with the outcome, it could proceed to the Korean Patent Court, which would then embark on a completely separate procedure. Mr Liew went on to explain how a court deciding an infringement claim would normally stay proceedings and wait for the Korean Patent Court to rule on the patent's validity, but it was also possible for the court to determine the validity issue for itself by hearing expert testimony and reviewing relevant documents.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the substance and approach of Working Document No 68, especially its provision that issues of validity and infringement be treated together for the purposes of exclusive jurisdiction. He said the United Kingdom was right to flag the issue of incidental questions as needing more discussion both domestically and internationally and suggested that it be placed in brackets.

Mr Kovar did not understand what was intended by "in which, or for which," in the proposed paragraphs 4 and 5 of Article 12. He said that the catch-all provision for all registered industrial property rights in paragraph 8 also needed refining, since it was unclear which rights were covered. Similarly, Mr Kovar found that paragraph 9 was too vague and feared that "any administrative agency or entity empowered to give binding decisions" could be interpreted in unforeseeably broad ways. He felt the definition section proposed as Article 2A was an excellent idea. However, he found the definition of "court(s) of a Contracting State" to be too broad. Additionally, the reference to "design" in paragraph 6 needed clarification. If exclusive jurisdiction were to be applied to trademark, unregistered and registered marks needed to be explicitly included.

Mr Schaper (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle) reminded the meeting that not all industrial property problems were extraordinarily difficult. He gave the example of a Dutchman in Rotterdam who bought a huge quantity of Russian oil and began selling it to 52 States in barrels emblazoned with a bright yellow shell. A major petroleum company held valid trademark registration to the bright yellow shell in all 52 States. Mr Schaper asked why that company should be obliged to go to all 52 States to battle for acknowledgement of trademark infringement before any action could be taken. He asked if it would not make more sense to let the company go to a district court in Rotterdam with proof of its 52 registrations and get an injunction there. If the company could show what trademark law existed in each of the 52 States, it would fall to the defendant to show that under the laws of each there was no infringement.

Mr Schaper observed great disagreement among intellectual property practitioners and said that the best course for the meeting would be to exclude intellectual property from the scope of the emerging Convention (delete Art. 12, paras 4-6) and agree to study the issue further. He said the AIPPI did hope the Hague Conference would address these issues, but any Convention produced must be a workable one based on more study and deliberation.

Mme Bourgeois (France) indique que, sous réserve de l'avis qui sera émis par les experts nationaux, elle entend suivre la démarche du Royaume-Uni en matière de brevets. Elle réitère l'observation selon laquelle les actions en contrefaçon débouchent souvent sur une mise en cause du brevet lui-même. Par ailleurs, elle note qu'il conviendrait selon elle de travailler à nouveau sur les questions incidentes.

M. Bucher (Suisse) en appelle avant tout à un débat plus serein. Il souhaite que les échanges de vues se déroulent avec objectivité, sans que des pressions soient exercées. Il suggère ensuite que les points non suffisamment discutés dans le cadre de la présente Commission fassent l'objet de travaux ultérieurs avec des experts et des représentants des gouvernements.

M. Bucher soutient à nouveau la liberté du demandeur, qui devrait pouvoir agir là où cela lui convient pour défendre ses droits. Il répond ensuite à la délégation de l'Allemagne, en estimant que l'affirmation selon laquelle tous les délégués sont en faveur de l'exclusivité de compétence ne reflète pas l'état réel des positions, qui lui semblent au contraire fort divisées. Il rappelle qu'avant de présenter ses conclusions sur l'avant-projet de Convention et sur le Rapport explicatif, le Gouvernement suisse a procédé à une large enquête qui a révélé que même s'il existe une majorité de pays attachés à l'exclusivité, une forte minorité s'est également fait jour à son encontre. Le sujet reste donc à discuter selon lui. Par ailleurs, il dit ne pas comprendre en quoi il n'est pas préférable que le tribunal saisi de l'action en violation puisse suspendre son jugement et conduire ainsi le défendeur à agir devant les juridictions de l'État d'enregistrement. Il s'étonne du fait que la Déléguée de l'Allemagne ne préfère pas un tel regroupement des compétences devant un même tribunal. En outre, il conteste l'estimation que celle-ci a faite quant au nombre de procédures arbitrales en matière de propriété intellectuelle, en relevant qu'elles sont loin d'être rares, comme l'atteste la parution récente d'un ouvrage sur ce thème. Enfin, M. Bucher s'adresse à la délégation du Royaume-Uni, pour lui faire observer que, contrairement à ce qui a été avancé, il existe des arrêts relatifs à la violation internationale d'un droit de brevet. En ce sens, il cite notamment deux affaires dans lesquelles l'action avait été intentée en Angleterre contre des défendeurs domiciliés dans divers États membres de l'Union européenne.

Ms Sampogna (Canada) asked whether the proposed intellectual property provisions would be tools for more effective implementation of intellectual property rights. She urged the meeting to consider the very real economic and social implications of their work. She said she had no firm position at the moment, but considered Working Document No 68 to be a step in the right direction.

Mme Rouchaud (Commission européenne) estime que le débat est fort intéressant. Elle remercie les délégations du Royaume-Uni et de la Suisse pour leurs propositions qui, même si elles sont divergentes, représentent le remarquable effort de mettre par écrit l'essentiel du contenu des discussions qui furent menées à Édimbourg. Selon elle, ces propositions constituent une solide base pour la réflexion qui devra encore être poursuivie à cet égard, tant dans le cadre d'un groupe de travail, comme l'a suggéré le Royaume-Uni, qu'au niveau de la Commission européenne, afin de mesurer si les solutions proposées sont viables.

Mme Rouchaud distingue ensuite deux thèmes de discussion. Le premier est relatif aux actions en contrefaçon. À ce sujet, elle indique que le système mis en place par les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne fonctionne pas aussi bien que M. Bucher l'a implicitement laissé entendre. Elle note qu'un Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe a été élaboré par la Commission, avant la Proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire. Elle souligne le fait que, même si une harmonisation est en cours, les vues contradictoires qui ont été échangées à l'occasion de ces travaux révèlent que les difficultés sont loin d'être toutes aplanies. En particulier, il lui semble que deux points posent problème : la validité des brevets et les contrefaçons. Or, au terme des consultations effectuées au niveau local par la Commission européenne, il apparaît que les experts souhaiteraient que ces questions soient traitées simultanément. Mme Rouchaud précise que, par cette observation, elle n'entend pas se prononcer quant à l'opportunité de procéder de même au niveau mondial. Elle relève néanmoins que l'Organisation européenne des brevets travaille sur le même sujet et qu'elle semble se diriger dans le même sens.

Le second thème abordé par Mme Rouchaud est celui des questions incidentes. Elle décèle un risque d'abus dans l'usage de cette voie, en suggérant que des actions en contrefaçon pourraient être intentées à la seule fin de solliciter un examen indirect de la validité du brevet. À ce sujet, elle renvoie à la Proposition de règlement sur le brevet communautaire. Dans ce projet, l'article 51 dispose d'une part, que doit se déclarer d'office incompétent le tribunal national qui est saisi d'une action relevant de la compétence exclusive de la juridiction communautaire de propriété intellectuelle, c'est-à-dire d'une action relative à la validité, la contrefaçon et l'utilisation du brevet communautaire. D'autre part, ce texte prévoit que les juridictions nationales saisies d'une action d'un autre type doivent tenir le brevet comme valide.

Enfin, elle demande un éclaircissement quant à la proposition figurant dans le Document de travail No 68, sous le paragraphe 9. À l'instar de M. Kovar (États-Unis d'Amérique), elle déplore le manque de limpidité de l'expression « *administrative agency or entity empowered to give binding decisions* ». Elle s'interroge sur le point de savoir ce que sont ces entités. Elle évoque également le problème de la reconnaissance ultérieure des « *binding decisions* » que ces entités prendraient, puisque l'article 23 de l'avant-projet de Convention ne prévoit rien de particulier à cet égard.

Mrs Bariatti (Italy) asked how Articles 21 and 28 would work in relation to the shell trademark example, where the risk of misapplication of so many national trademark laws was high. She said the meeting should think more carefully about the effect of *lis pendens* and recognition and enforcement provisions upon jurisdiction over infringement matters.

Mr Waldbaum (Fédération Internationale des Conseils en Propriété Intellectuelle) expressed concern about the lack of understanding among drafting delegates of the intricacies of patent matters. He said he was alarmed that no significant mention had been made about the cost of litigation. He then remarked that the worldwide patent community had not come to any common understandings of international substantive patent law, so it seemed the meeting was putting the cart before the horse in attempting to draft a Convention dealing with it. Mr Waldbaum did support the incidental question provision in paragraph 7 of Working Document No 68. He suggested that, given the fast pace of patent law evolution and the general lack of understanding about patent traditional knowledge among the delegates, the meeting should move very cautiously in the area of patent law.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 13

Minutes No 13

Séance du mercredi 13 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Wednesday 13 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.30 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair invited the meeting to continue the discussion of exclusive jurisdiction with regard to intellectual property issues.

Mr Hartley (United Kingdom) responded to several of the comments that had been made in the morning meeting in relation to his delegation's proposal in Working Document No 68. Firstly, he noted that unregistered intellectual property rights were still territorial. Secondly, he pointed out that *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* [1999] 1 All ER 769 was a copyright, and not a patent, case. He further noted that *Coin Controls Ltd v. Suzo International (U.K.) Ltd* [1999] Ch. 33 held that the English courts had no jurisdiction in proceedings for the infringements of foreign patents. As soon as validity was raised in infringement actions an English court would cease to exercise jurisdiction.

Mr Hartley then turned to the meaning of "administrative agencies" as found in paragraph 9 of the United Kingdom proposal. He stated that this meant a patent office, although he suggested that this could be changed if necessary.

Finally, Mr Hartley concluded that there should be recognition that there was no clear consensus on certain issues of principle. Nevertheless, he stated that valuable work could be done on certain technical matters, for example the incidental question exception. He proposed that a working group be convened.

Mrs Sapp (International Trademark Association) proposed that the issue of exclusivity be considered from the perspective of cost-benefit analysis. She stated that the question was whether more emphasis should be placed on saving money or saving trademark rights. She noted that her constituency was more concerned with protecting trademark rights. She explained that given the choice between risking an action by a pirate in a pirate friendly forum, which could lead to a judgment from that place being enforced elsewhere under the Convention, and the alternative, namely obliging rightholders to sue in a variety of different jurisdictions to protect their rights, her constituency preferred the latter option. She added that once trademark rights were gone they could never be reclaimed; the members of her organisation would prefer to spend money than to risk trademark rights. Furthermore, she rejected the incidental question exception. Turning to the shell example, she stated that an injunction could be obtained from the United States courts, therefore there would be no need to decide the question of validity.

Mrs Sapp further explained that there was a lack of understanding as to the conflict between registered and unregistered rights in trademarks. It was not as simple as rights required to be registered versus unregistered rights. She stated that exclusivity should not only apply to the former category. She added that the Swiss proposal would disadvantage United States rights holders because United States trademarks *could* be registered but did not have to be.

Mr Boggiano (Argentina) noted that the main principle the Convention should retain was that of exclusive jurisdiction for patents and trademarks. The underlying reasons were the promotion of consistency, uniformity and effectiveness. He voiced his agreement with Mr Bucher (Switzerland) that there should be more discussion, in particular with regard to the incidental question. He added that he also supported the last element of the United Kingdom proposal. Finally, he noted that exclusivity might not be the appropriate principle in relation to copyright.

Ms Schulz (Germany) stated that she wished to comment on the AIPPI example and the shell case. She noted that although not all infringement cases were complicated, not all were easy either. She stated that whether or not there should be exclusivity was a policy decision, and both solutions would have advantages as well as disadvantages.

Turning to the example, she stated that while the barrels were still in Rotterdam, the right-holder could sue there, provided that his trademark was also protected in the Netherlands. Moreover, if action had to be taken quickly, recourse to provisional and protective measures might be required. She reminded the meeting that no decision had been taken yet on whether it would be appropriate to recognise and enforce provisional and protective measures abroad under the Convention. Even if this were the case, however, it could turn out to be expensive and cumbersome to have a Dutch provisional measure recognised and enforced in the other States concerned instead of requesting it directly in each of the States concerned. She added that the same applied to proceedings on the merits. If exclusivity did not extend to infringement, thus making it possible to consolidate claims for infringement of trademarks held in several countries before the court in Rotterdam, the resulting judgment would still have to undergo recognition and enforcement proceedings in all States concerned. Consequently, it was not clear whether exclusive jurisdiction for infringement would lead to an increase in litigation costs.

The Chair asked if there were any final comments on trademarks.

M. Bucher (Suisse), répondant à Mme Sapp (INTA), indique que le Document de travail No 65 soumis par la Suisse laisse ouverte la question des marques non enregistrées, visée par le Document de travail No 68 proposé par la délégation du Royaume-Uni, puisque la matière est abordée de manière très compréhensive. À cet égard, il s'interroge sur la praticabilité du système proposé dans la mesure où il paraît difficile de déterminer l'État concerné et encore plus complexe de désigner le droit applicable. M. Bucher se dit ouvert à toutes les propositions mais met en exergue la nécessité de parvenir à une réglementation claire sur ce point.

Mr Bennett (Australia) introduced the joint Australian and Chinese proposal in Working Document No 63. He noted that the case for exclusive jurisdiction in relation to copyright was not as strong as in relation to patents and trademarks. Nevertheless, he stated that there was still a case for it. He explained that, with the exception of the United States of America and some other jurisdictions, there was no registration of copyright. Copyright law was territorial. He noted that

Procès-verbal/Minutes No 13

there were some treaties on the topic and that under the laws of most States one created a copyright by writing a document. However, leaving aside the special treaties, when one sued for infringement it was on the basis that the law of a State had decided that the copyright should be protected for a defined number of years. For this reason he argued that the same logic applied to copyright as it did to the two other categories of intellectual property rights. He added that there was not a clear dividing line between patent and copyright matters. In this he drew attention to computer source codes which some States treated as copyrights, some as patents and some as both. He argued that this was an additional reason for having the same rule for the various categories. Finally he added that he was not satisfied with the French version of Working Document No 63 and he invited comments from francophone delegates.

Ms Zhao (China) stated that since territoriality was a core element of copyrights, agreement could be reached on the State where a copyright arose. She argued that the Contracting State under whose laws the copyright was claimed to be infringed should have exclusive jurisdiction. In support of this she cited an example. A person had a copyright in States A and B. Under the law of State A the term of protection continued for 50 years after the death of the author, while under the law of State B it continued for 75 years. The right-holder lived in State A while the infringer was habitually resident in State B. Should the law of State B be applied? Ms Zhao stated that there was no clear answer. The court in State A might or might not apply the foreign law to the case. She added that if jurisdiction were extended to the defendant's forum, that State might decline jurisdiction. She stated therefore that the most appropriate way forward was to grant exclusive jurisdiction to the court of the State under whose laws the copyright was claimed to be infringed.

Mr Sajko (Croatia) noted that the proposal was in line with that made as to industrial property rights by the United Kingdom. He then asked whether Working Document No 63 was intended to cover just tort actions arising out of copyrights, or whether it equally extended to all other pertinent questions in relation to copyrights, for example as to the existence, extent or nature of such rights.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation could not support having exclusive jurisdiction for copyright infringement proceedings as suggested in Working Document No 63. He added that he did not share the view that logic required copyright actions to be treated in the same way as trademark or patent actions. He noted that regard should be paid to the views of copyright holders and those affected by copyrights. He informed the meeting that in the United States of America, experts were all against having exclusive jurisdiction. He agreed that copyrights were not always highly technical, rather they could automatically arise everywhere.

Mr Kovar further added that the existence of different approaches to substantive copyright protection was not in itself an argument for having exclusive jurisdiction. He stated that rather it raised issues relating to tort jurisdiction under Article 10 and how the protection of copyrights in an e-commerce context would fit into Article 10 and the general recognition and enforcement provisions of the Convention. He reported that ISPs and consumer groups were concerned as to the effect of Article 10 in this regard.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that whilst there were variations in domestic law it was not a good idea to have exclusive jurisdiction in copyright infringement cases. He noted that at the Edinburgh informal meeting there had been no dispute as to whether there should be exclusivity for copyright. He asked that more reflection be given to this issue.

Mr Hartley (United Kingdom) explained that while his delegation did not have a clear policy as regards copyright, it could not support the Australian / Chinese proposal. However, he was not able to offer an alternative. He agreed with Mr Kovar that this was a most complex issue. He added that it was important that the problems as to copyright did not destroy the possibility of an agreement with regard to patents and trademarks. He proposed that a working group be convened to work on patents and trademarks and that copyrights be left to one side for further study, given there was not even the possibility of agreement at the current stage.

M. Bucher (Suisse) explique que la délégation de la Suisse propose, dans le Document de travail No 65, d'exclure les droits d'auteurs et les droits voisins de la liste des compétences exclusives. La motivation de cette exclusion résulte par argument *a fortiori* des objections développées le matin.

M. Bucher souligne par ailleurs l'adjonction d'un élément nouveau au sein du Document de travail No 63, proposé par les délégations de la Chine et de l'Australie : la référence à la loi applicable au droit d'auteur, que le Document semble supposer identique à la loi du territoire sur lequel le droit d'auteur doit être protégé. Or, en l'absence d'équivalence nécessaire entre ces deux lois, se pose la question de savoir qui déterminera la loi applicable. Cette difficulté se ressentira non seulement lors de l'exercice d'une compétence directe, mais également au moment de l'instance en reconnaissance et en exécution puisque le juge requis vérifiera, lors de l'appréciation de la compétence d'origine, la loi applicable. Il dénonce donc la complexité du système suggéré et attire l'attention de la Commission sur l'existence d'un Document de travail No 69 proposé par la délégation de la Commission européenne.

Mr Tell (European Commission) stated that the purpose of Working Document No 69 was merely to facilitate discussion on one of the options in Preliminary Document No 15, Annex IV. He noted that there were concerns that a claimant could use Article 10 to forum shop. He explained that three options were put forward in Edinburgh: copyright could be excluded from the scope of the Convention; copyright could be included but without the creation of any special rules; copyright could be addressed in the recognition and enforcement rules, to allow the court addressed to refuse recognition if it disagreed with the choice of law made by the court of origin. Mr Tell then explained that the Commission proposal contained two variants. The first was based on the Brussels Convention model. He invited Mr Auinger to speak to the second variant.

Mr Auinger (European Commission) explained that Variant 2 was more restrictive than Variant 1. The issue for both was how to safeguard the territorial nature of copyright. He noted that the main problem was that intellectual property rights were monopolies granted by a State and it had to be determined how to respond when a foreign court rendered a decision with regard to such a monopoly.

Ms Schulz (Germany) stated that she agreed with Mr Bucher and was against having exclusivity for copyrights. She noted that with regard to trademarks and patents there were sound reasons why the court with jurisdiction should be close to the territory where the rights were used. Indeed, in relation to trademarks a foreign court might not have the necessary insight into the market where the trademark was used. She added that national laws on copyright were not so different, so the application of a foreign law was less problematic. Copyright laws had to determine whether a work was or was not protected. Ms Schulz stated that she was in favour of non-exclusivity for such infringement actions. Finally, she added

that in an online environment it was difficult to ascertain the place of the injury or of the act. Both consumers and ISPs were concerned about being held liable for online infringements. She suggested that it might be good to do something in the area of recognition and enforcement, but more discussion was needed.

Mme Djolakian (International Federation of Film Producers Associations) rappelle la participation de la FIAPF à la réunion d'Édimbourg et au Groupe de travail constitué sur la propriété intellectuelle et mentionne le consensus qui s'était fait jour lors de cette réunion. La présence de nouveaux interlocuteurs obligeant à reprendre le problème, elle tient à exprimer la faveur manifestée par la FIAPF pour l'exclusion du droit d'auteur de la liste des compétences exclusives. Elle estime que les arguments développés par la délégation de l'Allemagne sont à cet égard très convaincants. Ainsi, les droits d'auteurs n'étant généralement pas sujets à enregistrement, donc pas nécessairement liés à un territoire, il faut considérer qu'ils existent partout à la fois, ce qui justifie l'utilisation du mécanisme de la jonction d'instances. Par ailleurs, elle souligne que ce n'est pas tant la validité du droit d'auteur qui importe que l'atteinte qui peut lui être portée. Cet argument militerait également en faveur de possibles jonctions d'instances. En outre, il importe de considérer que le titulaire ne peut choisir le pays où il portera son action; il doit pouvoir ester en justice à raison d'une atteinte portée à son droit, même dans un pays où il ne souhaitait pas donner accès à son travail. Enfin, elle note qu'une des justifications de l'article 12 est la grande complexité des règles gouvernant les marques et les brevets et leur grande diversité d'un pays à un autre. Or, cet argument ne peut être appliqué au droit d'auteur.

Ms Decker (International Federation of the Phonographic Industry) noted that a high level of expertise had been achieved in litigation in this area. She noted how the concept of territoriality in intellectual property was one of the main arguments of Australia for including copyright in the exclusive jurisdiction regime. Ms Decker noted that copyright was territorial but that was not the reason for giving exclusive jurisdiction. The reasons for having exclusivity in trademarks and patents were absent in copyright. She informed the meeting that the copyright community did not want exclusive jurisdiction as the validity of copyrights would not be challenged nor were pirates likely to forum shop. In response to Mr Bennett's (Australia) point she explained that if there was litigation over computer programs it focused not on the source code but the actual patent or copyright, therefore there would be no confusion. As regards differing levels of protection she noted that this did not solely depend on the applicable law but on the ultimate result of the application of the chosen law.

Ms Decker further noted that she had concerns as to both alternatives in the European Commission's proposal, as in her view neither gave a feasible solution. In Variant 1 the recognition and enforcement procedure could be more complex than the actual merits hearing, while as to Variant 2, she questioned how this related to the general public policy provision. Was it more specific than the general rule, and indeed, did it include issues such as free speech and privacy issues?

Ms Zhao (China) noted that she was not surprised to find so much disagreement to Working Document No 63. She then reminded the meeting of the motivation for the proposal: it was concerned with the technical issue whether a foreign court would be willing to apply a foreign law. She noted that the issues were not clear. She added that exclusivity would not give rise to problems. As to the scope of the provision she stated that it would cover all other pertinent questions in relation to copyrights, for example as to the existence, extent or nature of such rights.

Mr Poon (China) noted that design rights were found in square brackets in Working Document No 68. He suggested that any working group looking at intellectual property should look at design rights and their categorisation.

Mr Richstone (Canada) stated that his delegation had no official position on exclusive jurisdiction, but he noted that there were strong rationales for treating copyright in a different way than other intellectual property rights. He added that Working Document No 69 furthered debate and built on the Edinburgh discussions. He hoped that it might deal with some of the Chinese concerns. He added that he did not see the two proposals as variants since in his view different issues were involved.

Ms Wellbery (Commercial Internet Exchange) voiced her appreciation for the fact that the concerns of ISPs and consumers were being recognised. She stated that Variant 1 offered a promising approach to dealing with the issues raised and could serve as a model. She added that recourse to a public policy provision was a dangerous approach. She stated that public policy should only be used in relation to fundamental issues.

Mr Müller (International Publishers Association) stated that his organisation had members in 77 countries. He voiced his support for the views of FIAPF and IFPI. He added that the Australian / Chinese proposal was not possible as it drew on substantive law and was not in line with current practice. He also viewed the European Commission proposal as being impracticable.

M. Bucher (Suisse) interroge les Observateurs de la Commission européenne quant au contenu du Document de travail No 69. Il se demande notamment si la proposition a été rédigée dans l'objectif de faire dépendre la solution de l'inclusion de la question des droits d'auteur parmi la liste des compétences exclusives de l'article 12.

Afin de comprendre le sens exact de la proposition de la délégation de la Commission européenne, il demande également quelle serait la position de cette délégation au regard du Document de travail No 68 si l'on en supprimait la référence aux droits d'auteur et aux droits voisins.

Mr Tell (European Commission) stated that the answer to the first question was no and that there was no answer to the second question.

The Chair stated that it would be useful to convene several working groups. He noted that Ms Sabo (Canada) would take charge of the activities working group. He proposed that Ms Schulz (Germany) chair a group to look at Working Document No 68 and the Edinburgh text. He noted that even Mr Hartley wished to amend the drafting of the United Kingdom proposal.

M. Bucher (Suisse) rappelle que le Document de travail No 68, ne renfermant pas la seule proposition sur ce sujet, il conviendrait, dans un souci d'équité, de traiter, dans le même groupe de travail, du Document de travail No 65.

The Chair noted that the Swiss proposal was well drafted and represented one option but a second option was needed to be put against it. The meeting could then look to see if it had a preference.

M. Bucher (Suisse) indique que la proposition contenue dans le Document de travail No 65 visait elle aussi à améliorer le texte d'Édimbourg, notamment dans sa version francophone. Il souligne l'importance de soumettre les deux propositions au groupe de travail.

The Chair agreed that there should be a French language version. He stated that he had been trying to avoid having a basic debate in a smaller group.

Mr Beaton (United Kingdom) suggested that there should be one group only dealing with patents and trademarks.

The Chair further stated that as to copyright there should be a third group to try and reduce the number of variants.

Mr Sajko (Croatia) asked whether he could join.

The Chair noted that he could.

Mr Kovar (United States of America) questioned whether there should be a copyright working group. He stated that the Australian / Chinese proposal on exclusive jurisdiction (Work. Doc. No 63) gave rise to a simple yes or no choice. On the other hand, the European Commission proposal had been described as a non-proposal. Therefore he was not sure the time was right to force progress on copyright.

M. Bucher (Suisse) explique que si le groupe de travail consacré à la compétence fondée sur une activité se réunit en même temps, il donnera priorité à ce groupe. Il souligne par ailleurs l'absence de délégués francophones au sein du groupe consacré à la propriété intellectuelle et industrielle et commerciale.

The Chair stated that he agreed and that there should be drafts in both languages. He asked whether France and Canada could join the working group.

Mr Kovar (United States of America) repeated that he did not think there should be a copyright working group. He added that the European Commission proposal should not be given to a working group.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated he agreed that copyright was not ready for a working group.

Ms Schulz (Germany) noted that the meeting as a whole could not make progress on copyright, therefore a working group might establish positions for discussion. She stated that the Edinburgh paper was very vague on the issue. She added that the Commission proposal was one alternative. She drew attention to the expertise present at the meeting and suggested that it might be helpful to put ideas on paper without giving them any status.

Ms Schulz further added that it was not for her working group to decide on the inclusion or exclusion of infringement, that this was a policy issue for the meeting. She was not sure what do with the Swiss proposal (Work. Doc. No 65).

The Chair explained that working groups were not making policy choices, they were just considering the variants and trying to increase harmonisation.

Mr Möller (Finland) stated that he agreed with the United States of America and the United Kingdom that there should not be a copyright working group. However, he conceded that a very informal gathering might be acceptable. He further noted that there was not general agreement on Working Document No 69.

Mr Hartley (United Kingdom) pointed out that the United Kingdom and Swiss proposals (Work. Docs Nos 68 and 65) were totally different.

The Chair stated that it was important to have working groups to be able to come up with variants that were as well drafted as possible to enable the meeting to move forward next week.

M. Bucher (Suisse) se déclare ouvert à toute discussion et coopération avec M. Hartley. Il indique qu'il est possible de fonctionner avec trois groupes sauf en ce qui concerne la question de l'*infringement*. Il souligne également la possibilité de rédiger un texte technique satisfaisant grâce à l'utilisation des crochets. En outre, il estime que le problème lié à la question incidente n'est pas purement académique et qu'il est de la sorte nécessaire de collaborer.

Mr Hu (China) noted that his delegation was flexible as to its proposal and would be content if their proposal was noted in the Report.

The Chair stated that there would be no copyright working group as such but noted that delegates could meet informally if they wished.

Mr Beaton (United Kingdom) noted, as a point of clarification, that one could not marry the United Kingdom and Swiss proposals as to infringement but otherwise the two delegations would try and work towards some form of harmonisation.

The meeting was closed at 4.05 p.m.

Procès-verbal No 14

Minutes No 14

Séance du jeudi 14 juin 2001 (matin)

Meeting of Thursday 14 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.35 a.m. Mr Smith was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair opened the meeting and gave the floor to Mr Thue.

Mr Thue (Norway) reminded the meeting that the delegations had already spent one week working on the preliminary draft Convention since the start of the session. He expressed his concern and his frustration on the current state of the discussions, even though he noted that the delegates had benefited academically from the many enriching discussions on fine points of comparative law. If the discussions continued at the current pace and with the same focus, he doubted whether the meeting would be able to agree on a draft worth taking back to their respective countries and discussing with the

interested parties. It seemed to him that at this stage the delegations insisted on leaving open as many points as possible instead of making decisions. He therefore invited the meeting to stop discussing particular questions and to consider for a while where it wanted to go and on what issues it was possible to reach an agreement.

The Chair thanked the Delegate of Norway for his intervention and invited the meeting to comment on the issue he raised. It was important to make as much progress as possible to be able to produce a draft which could be used for consultations by the respective governments. He noted, at the same time, that the meeting should proceed with the agenda at least for today and possibly take up the general issue raised by the Delegate of Norway in the coming days in order to ensure that a meaningful draft could be submitted to Commission I.

Mr Philip (Denmark) appreciated the words of wisdom of the Delegate of Norway. He noted, however, that the process of negotiating international conventions could prove arduous and long and that the delegations should not lose hope of reaching a final compromise on the issues discussed. He reminded the meeting that novel methods had been used for the ongoing negotiations and that another Commission would be convened after the current session. He further advised the meeting to make wider use of discussion in smaller, informal working groups where much goodwill had been shown in the past and constructive discussions had taken place. In this respect, the agenda of the Session should allocate more time for discussions in smaller groups. He concluded by noting that it was common for the final problems to be resolved at the last minute and that the delegations should not lose their patience or hope.

The Chair announced that the Bureau of the Commission would be meeting tomorrow to review the progress made by the meeting and make a decision on the future of the discussions. He also mentioned that the Bureau would attempt to produce a Working Document for Monday bringing together all the issues on which a consensus seemed to have emerged.

Mr Bennett (Australia) replied that the problems facing the meeting were common to all international negotiations, and in particular to all mediations. Before clearing the last and most important obstacles, the participants were faced with increased polarisation among delegations and doubts would arise as to the possibility of achieving a consensus. This was in particular true since unusual procedures had been used for the current negotiations and delegations had reserved their positions for future bargains. He further explained that the tacit agreement among delegations had been that the European countries would accept one form or another of activity based jurisdiction, and that the United States of America would then accept to ban the remaining activity based jurisdiction to the list of prohibited grounds. If some delegations had given the impression of coming back on this agreement, it had, in his opinion, much more to do with the inevitable posturing before the last bargain can be made than with a real change of attitude. In any case, it was important for the other delegations to envisage what could be done if no consensus could be reached during the negotiations. He suggested that these delegations start considering a simplified version of the Convention which would give the international litigation community the same certainty and predictability that the 1958 New York Convention gave to the arbitration community, by ensuring that choice of court clauses concluded by parties are enforced and that the judgments resulting from these clauses can freely circulate among nations. He concluded that a convention of this kind could offer a provisional solution until agreement could be reached on a more ambitious text.

The Chair closed the discussion on this issue and reminded the meeting that working groups would meet in the late afternoon to consider specific issues. He noted that it would be premature to discuss the general outcome of the meeting before considering the composite document that the Bureau of the Commission would produce on this issue for next week. He asked the meeting to turn to the issue of consumers and employment contracts.

M. Pocar (co-Rapporteur) indique que la question des contrats conclus par les consommateurs est abordée à l'article 7 de l'avant-projet de Convention, aux paragraphes 106 à 114 du Rapport de MM. Nygh et Pocar. Il explique que l'annexe III-A du Document préliminaire No 15 relative aux contrats conclus par les consommateurs et aux contrats individuels de travail prévoit une nouvelle rédaction des articles 7 et 8 de l'avant-projet de Convention. Il rappelle ensuite succinctement que dans l'avant-projet l'objectif avait été d'établir une distinction entre, d'une part les actions intentées par un consommateur à l'encontre d'un professionnel et, d'autre part les actions intentées par un professionnel à l'encontre d'un consommateur. Dans ce cadre un for de protection du consommateur avait été mis en place, permettant à ce dernier d'attraire le professionnel devant les tribunaux de sa résidence habituelle dès que certaines conditions étaient réunies. Il ajoute que le professionnel est quant à lui également tenu, en principe, d'assigner le consommateur devant les tribunaux de la résidence habituelle de celui-ci.

M. Pocar explique ensuite que la possibilité de recourir à une clause d'élection de for a été considérablement restreinte. De telles clauses ne sont, en effet, valables que si elles ont été conclues postérieurement à la naissance du litige ou si la faculté pour le consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux désignés par ladite clause est préservée. Le texte figurant à l'annexe III-A, poursuit-il, s'inscrit dans la même logique, mais il contient quelques indications supplémentaires. Il indique qu'en premier lieu le paragraphe premier donne une définition plus claire et plus détaillée du contrat de consommation. S'agissant des actions offertes au consommateur abordées au paragraphe 2, il déclare, en second lieu, que ce dernier s'inspire du texte figurant à l'avant-projet mais prévoit une définition différente de l'activité à laquelle le contrat doit être lié ainsi que des démarches que le consommateur doit effectuer afin de jouir de la compétence du tribunal de sa résidence habituelle. Par ailleurs, précise-t-il, à l'inverse de l'avant-projet, la formulation de l'annexe III-A est négative. En dernier lieu, M. Pocar explique que l'action du professionnel à l'encontre du consommateur doit, en principe, être portée devant les tribunaux de la résidence habituelle du consommateur. Il ajoute que la possibilité de choisir le tribunal compétent n'est toutefois pas totalement exclue mais uniquement soumise à certaines conditions. À cet égard, les conditions posées par l'annexe III-A comportent d'importantes différences avec celles prévues dans l'avant-projet en ce qu'elles prévoient deux cas supplémentaires d'applicabilité de l'article 4 de l'avant-projet. En premier lieu, explique-t-il, l'élection de for est également admise si le tribunal choisi est celui de l'État où le consommateur et le professionnel ont leur résidence habituelle. En second lieu, ajoute-t-il, la clause d'élection de for est, par ailleurs, considérée comme valide dès lors qu'une telle clause est obligatoire en vertu de la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

M. Pocar indique enfin que la discussion devrait, selon lui, porter, dans un premier temps, sur la définition du contrat conclu par un consommateur, avant que ne soit abordée, dans un second temps, la question des actions dont dispose le consommateur dans le cadre d'un litige avec un professionnel et enfin d'envisager, dans un dernier temps, le problème des clauses d'attribution de for.

Procès-verbal/Minutes No 14

The Chair noted that Switzerland had submitted Working Document No 73 dealing with this issue and asked the delegations which had participated in the informal meetings preceding this session to share their insights concerning the history and outcome of the discussions.

Mr Goddard (New Zealand) provided some explanations concerning the text appearing in Annex III-A of Preliminary Document No 15. He explained that the purpose of the text was to pin down the issues on which an agreement could be reached. He noted that Article 7 as found in the preliminary draft Convention could never enjoy the type of consensus needed to appear in the final Convention and that the delegations had therefore endeavoured to explore alternative avenues. There was no enthusiasm to exclude consumer contracts altogether from the scope of the Convention, in particular since there appeared to be an agreement among the delegations on a minimum core of issues. He mentioned in the first place the rule that the business could sue the consumer before the court of the habitual residence of the latter. He added the rule that, under certain circumstances, a consumer could bring a claim in the courts of the State in which he or she was habitually resident. The question remained what should be the appropriate default jurisdiction. In that respect, Article 7 of the preliminary draft Convention appeared to be inappropriate in that it created uncertainties and made it difficult for businesses to manage the risks they faced, especially in an electronic environment.

Paragraphs 2 and 3 of Article 7, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, outlined the circumstances in which a consumer could bring proceedings in the courts of the State in which he was habitually resident. Mr Goddard noted that this implied that the business had engaged in some activities in the jurisdiction of the consumer. Article 7(3) attempted to describe the nature of these activities. He noted that it had proven difficult to come up with a definition of the concept of an activity which the business "directs" to a particular State. Most of the concerns expressed about this concept related to the possibility for a business to negatively target a certain jurisdiction, that is, to make sure that no contracts were concluded from this particular jurisdiction. Article 7(3) *b)*, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, provided a safeguard clause inspired by the approach taken by securities regulators. According to this provision, a business could avoid the jurisdiction of a particular State by taking reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in that State. Mr Goddard explained that the practical application of this clause would depend on the factual circumstances of the case and that the court would have to look at the technological aspects in particular to assess whether or not reasonable steps had indeed been taken.

Article 7(2), as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, also contained a "safe harbour" provision protecting businesses against the application of a rule of international jurisdiction in what appears to be a purely internal case. When the circumstances of the case did not reveal immediately that the consumer resided in another jurisdiction, the businesses would not be able to take the necessary measures to refuse to contract. In that case, the Convention should not permit the consumer to sue before his home courts. The difficulty consisted in defining precisely under which circumstances a business could invoke this safe harbour provision.

Mr Goddard turned next to paragraph 1 of Article 7 as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15. The bracketed language in this provision excluded the application of the entire Article when the business could not have known that the contract was concluded with a consumer. Difficult discussions had taken place on the question whether the consumer should be held to the representations he made concerning his identity. It appeared that it would be difficult to reach a consensus on the question and the text in Annex III-A of Preliminary Document No 15 offered a narrow exception which would not allow businesses to rely on assertions made by consumers if other circumstances suggested that the contract was entered into primarily for personal, family or other household purposes.

He pointed to two clear differences between the safeguard clauses included in paragraphs 1 and 3 of Article 7, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15. The first difference concerned the scope of application of the clause: whereas the clause in paragraph 3 related to the negative targeting and to the question of the jurisdiction in which a business chose to engage in activities, the exception clause in paragraph 1 concerned the identity of the consumer. Further, the consequences attached to the two clauses were different, since the application of paragraph 3 would only exclude the possibility for the consumer to bring proceedings before his home courts, while the exception clause in paragraph 1 would result in the whole provision being disapplied.

Mr Goddard then turned to the possibility provided in Article 25 *bis* for Contracting States to make certain declarations. He explained that Contracting States would be given the opportunity to declare that they would not recognise or enforce a judgment rendered by a court of another Contracting State in violation of a choice of court agreement concluded between a consumer and a business. He concluded by recognising that the whole provision might appear to be unduly complex and that the meeting would have to decide whether the benefits derived from the system established would compensate for this complexity. He explained that another option could be considered, which would retain only paragraphs 1, 2 and 4 of Article 7, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, and delete Article 25 *bis*. In that case the issue of the validity of a choice of court clause giving jurisdiction to a court other than those of the State where the consumer has his habitual residence would move to the "grey" zone and be resolved by national law. A provision along these lines would be easier to draft.

The Chair expressed his appreciation for the work of the Observer from New Zealand and asked the meeting to consider Working Document No 73 introduced by Switzerland.

M. Bucher (Suisse) remercie M. Goddard pour le travail qu'il a fourni sans lequel la proposition suisse contenue dans le Document de travail No 73 n'aurait pas pu voir le jour. Il explique ensuite que ce Document de travail n'a qu'une ambition limitée et consiste essentiellement à tenter de rendre le texte contenu dans l'annexe III-A plus lisible et qu'ainsi seuls quelques changements ont été apportés au fond. Il ajoute qu'en vue de présenter le Document de travail No 73, il se référera également à l'annexe III-A sur la base duquel il a été rédigé.

M. Bucher indique que l'expression « le professionnel » (« *the business* ») a été supprimée dans le paragraphe premier de l'article 7 afin d'améliorer la clarté de celui-ci. Selon lui, la lisibilité serait également améliorée si la deuxième partie de la phrase, placée jusqu'alors entre crochets, était déplacée dans la lettre *a)* du paragraphe 5 du Document de travail No 73 car celui-ci traite des contrats conclus par des consommateurs qui sont exclus du champ d'application de l'article 7.

Il explique ensuite que le paragraphe 2 du Document de travail No 73 reprend à l'identique le début du paragraphe 2 de l'annexe III-A. Ensuite, ajoute-t-il, il est suggéré d'inclure

dans ce paragraphe les dispositions définissant «l'activité du professionnel» contenues dans le paragraphe 3 de l'annexe III-A en y apportant toutefois deux modifications. En premier lieu, la référence à la «sollicitation» est mise entre crochets car il semble que cette activité est déjà couverte par la référence à l'activité de «promotion» visée dans le texte. En second lieu, les mots «ou dirige vers cet État» dont l'apport est nul, sont également mis entre crochets. S'agissant, enfin, des lettres *a)* et *b)* du paragraphe 2, M. Bucher explique que le Document de travail No 73 supprime tous les crochets contenus dans le texte de l'annexe III-A car, selon lui, il est nécessaire d'exclure, dans les cas ainsi définis, la compétence du tribunal de la résidence habituelle du consommateur. Il ajoute qu'il est toutefois conscient des difficultés que la localisation des démarches nécessaires à la conclusion du contrat peut parfois soulever, notamment dans le cadre du commerce électronique. C'est pourquoi, poursuit-il, le Document de travail No 73 inverse la charge de la preuve afin qu'elle ne pèse pas sur le consommateur.

M. Bucher explique, par ailleurs, que le paragraphe 3 du Document de travail No 73 se contente de reprendre le paragraphe 4 de l'annexe III-A en supprimant toutefois la lettre *b)* qui est, selon lui, inutile en raison des dispositions relatives aux clauses d'élection de for.

Abordant l'examen du paragraphe 4 du Document de travail No 73, M. Bucher indique que la lettre *a)* demeure inchangée par rapport à la disposition contenue dans l'annexe III-A. S'agissant de la lettre *b)*, il explique que les seules modifications apportées sont d'ordre rédactionnel afin d'améliorer la compréhension de cette disposition, notamment en vue de tenir compte des observations formulées par la délégation du Japon. La lettre *c)* a, quant à elle, été biffée car l'hypothèse visée soulève un problème relatif au champ d'application de la Convention, lequel n'a pas à être réglé dans le cadre de l'article 7. Enfin, s'agissant de la lettre *d)*, laquelle admet la validité d'une clause d'élection de for si elle est obligatoire en vertu du droit national de l'État de la résidence habituelle du consommateur, M. Bucher précise que la reconnaissance et l'exécution de ces dispositions est susceptible de faire l'objet d'une déclaration conformément à l'article 25 *bis* de l'annexe III-A. Selon lui, une telle déclaration doit être étendue aux dispositions relatives à la compétence, comme le propose le Document de travail No 73, car celles-ci ne peuvent être dissociées de celles relatives à la reconnaissance et à l'exécution.

M. Bucher explique, pour conclure, que la lettre *a)* du paragraphe 5 du Document de travail 73 reprend sans la modifier la deuxième partie de la lettre *a)* du paragraphe 2 de l'annexe III-A. S'agissant ensuite de la lettre *b)* du paragraphe 3 de l'annexe III-A modifié par la lettre *b)* du paragraphe 5 du Document de travail No 73, il indique que la rédaction de cette disposition n'est, pour lui, pas satisfaisante. En effet, l'ensemble des mesures de protection du consommateur prévues par l'article 7 de l'avant-projet de Convention reposent sur l'identification de la résidence habituelle du consommateur. Or, ajoute-t-il, la lettre *b)* postule précisément que le professionnel n'ait pas été en mesure de déterminer cette résidence. Par conséquent, il estime qu'il convient, dans ce cas, d'exclure l'application de l'article 7 dans son ensemble.

The Chair asked the meeting to consider both Working Document No 73 and the text of Article 7, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15. He directed the meeting to proceed paragraph by paragraph.

Mr Kovar (United States of America) observed that consultations with both consumer and business organisations had indicated that the text of Article 7, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, was overly complex and difficult to understand. He noted that it would in any case need to be simplified. He also wished to submit a couple of questions to the meeting concerning this text. In the first place, he referred to the situation in which a choice of court clause had been included in a contract between a consumer and a business, while the consumer was resident in a country which had made clear that it did not wish to enforce choice of court clauses in these situations. If the consumer sued the business in the country of his residence and then attempted to enforce the judgment in a country that had failed to make the declaration mentioned in Article 25 *bis*, would this last country be required under the Convention to enforce the judgment, even if it would itself give effect to the choice of court clause? The same question arose concerning Working Document No 73, which failed to state what effects the absence of a special declaration would have on the obligation of the State to enforce the judgment.

He then turned to the definition of what constitutes a consumer contract under paragraph 1 of Article 7. He noted that the definition had been taken over from Article 1(2) of the 1980 Vienna Sales Convention and that the preliminary draft Convention used another definition, which had been inspired by specific European legislations and by the Brussels Convention. He asked whether there was a functional difference between the two definitions, or if the intention behind the two texts was the same.

He also explained that the "small shop" exception appearing in paragraph 2 of Article 7 would prove difficult to apply in electronic transactions, in that the language of the provision was exclusively focused on a consumer who travels physically to another State where he concludes a contract. This provision raised an issue of localisation which apparently had not been addressed in Working Document No 73.

Mr Goddard (New Zealand) answered some of the questions raised by the Delegate of the United States of America. He first addressed the case where a consumer had concluded a contract containing a choice of court clause but was resident in a State which did not wish to give effect to such clauses. If the consumer sued his opponent in his home country and attempted to enforce the judgment in a State which had not made a reservation under Article 25 *bis*, the Convention would require this State to enforce the judgment, at least according to the draft proposed in Annex III-A of Preliminary Document No 15. He noted that in some circumstances, the State might not disagree with this result, because it would itself refuse to enforce the choice of court clause, for example because it was deemed to be unfair. If the State asked to enforce the judgment would, on the contrary, have held the parties to their bargain, and was now faced with the obligation to enforce a judgment which contravened this bargain, it could only blame itself for not having made the declaration required by Article 25 *bis*. If the same situation would arise under Article X appearing in Annex III-B of Preliminary Document No 15, then the result would be different. The court addressed would not be required under the Convention to give effect to the judgment rendered even though the State addressed had failed to make a declaration.

Turning to the question of the definition of consumers, he observed that the draft proposed in Preliminary Document No 15 did not intend to alter the scope of application of the rules of protective jurisdiction. The only difference was that the definition provided in Preliminary Document No 15 was formulated in a positive way, whereas the definition appearing in the preliminary draft Convention was essentially negative. He acknowledged that there could be a difference of outcome between the two but only in exceptional cases.

Procès-verbal/Minutes No 14

Formulating the definition in a positive way made it easier for businesses to inquire whether their partner was a consumer or not, since answering a negative question could lead to some confusion.

Mr Goddard also explained that the "small shop" exception appearing in paragraph 2 of Article 7 did not cover all situations arising out of electronic transactions in which one might consider it appropriate to disapply paragraph 2 of Article 7. The interpretation of this provision would depend for a large part on the definition given to the concept of claims "arising out" of certain activities. He gave an example to illustrate the practical application of this exception and referred to the situation where an Australian consumer reads an appealing review of a Scottish restaurant on its website and then, when travelling to Scotland, pays a visit to said restaurant and suffers afterwards from food poisoning. In this case, the business has no reason to suspect that the visit is anything else than a domestic transaction and should not fear to be subjected to the home jurisdiction of the unlucky consumer. He stressed that this safe harbour exception served a useful purpose because it would be inappropriate to subject the business to the possibility of being sued before the home court of the consumer in these circumstances. Further, this provision would also serve to avoid answering the difficult question of whether or not the activity in which a business is engaged is directed to a particular State.

M. Tell (Commission européenne) indique que la proposition de la Commission européenne contenue dans le Document de travail No 75, à l'instar du Document de travail No 73, tend également à apporter un certain nombre de simplifications à l'article 7, tel qu'il résulte de l'annexe III-A. Ainsi, explique-t-il, les paragraphes premier et 2 de l'annexe III-A sont réunis au sein du paragraphe premier du Document de travail No 75 qui donne une définition du consommateur. Celle-ci supprime la référence au « professionnel » (« *business* ») et requiert que le contrat ait été conclu à des fins étrangères à une activité professionnelle. Il note, par ailleurs, que la définition proposée s'inspire de celle habituellement retenue par la CNUDCI ainsi que de celle contenue dans le *Uniform Commercial Act*. Selon lui, la suppression des crochets figurant au paragraphe premier de l'article 7, tel qu'il résulte de l'annexe III-A, est souhaitable afin d'éviter qu'un commerçant ne puisse échapper trop facilement aux dispositions protectrices du consommateur en arguant du fait que la résidence habituelle de ce dernier lui était inconnue. Il indique ensuite qu'il convient de supprimer la lettre *a)* du paragraphe 3 de l'annexe III-A car elle ne présente guère de portée normative. Il précise également que la mention des lettres *a)*, *c)* ou *d)* figurant au paragraphe 3 du Document de travail No 75 résulte d'une erreur de rédaction et indique que les lettres visées sont les lettres *a)*, *b)* et *c)*. S'agissant du problème de la déclaration prévue aux articles 25 *bis* et X de l'annexe III-A, il estime que ce point devra être repris ultérieurement. M. Tell explique ensuite que si la proposition contenue dans le Document de travail No 76 devait être retenue, le niveau de protection du consommateur qui en résulterait serait extrêmement élevé. Commentant enfin le paragraphe 5 du Document de travail No 73, il indique que la Commission européenne a volontairement exclu de l'article 7 le cas visé par la lettre *a)* de ce Document et que le cas visé par la lettre *b)* ne saurait, selon lui, conduire à l'exclusion de l'article 7 dans son ensemble.

Mr Nielsen (Denmark) noted that there seemed to be a consensus among the delegations on how the rules on protective jurisdiction should be framed. He also noted that there seemed to be a common understanding in the meeting on the issue of recognition and enforcement. He commented on Article 7 as it appears in Annex III-A of Preliminary Document No 15. He noted first of all that this Article was a fairly long provision attempting to balance the interests of the consumers and of businesses. The attempt to reach a compromise had necessitated the inclusion of several exemptions, which were in brackets, thereby making the whole text difficult to read and understand. Further, the numerous exceptions appearing in the text made the end result unbalanced, as there remained very little of the original idea to protect consumers in international litigation. Therefore, he expressed reservations on the provision since it appeared too easy for businesses to escape the protection afforded by Article 7.

As far as recognition and enforcement were concerned, Article 25 *bis* appearing in Annex III-A aimed to ensure that a judgment would not be enforced if a State had declared that it would enforce a choice of court clause included in a consumer contract. In essence, States were allowed to make a reservation to protect party autonomy. He noted that the method used to this effect was peculiar in that it would be difficult to explain to consumers that even though the Convention afforded them a "white list" ground of jurisdiction and did not enforce the choice of court clause, the judgment they would obtain would, in the end, not benefit from the recognition regime of the Convention.

Commenting the Swiss proposal contained in Working Document No 73, he noted that the text constituted a significant improvement on the draft produced at the informal meeting in Edinburgh. Article 25 *bis* gave Contracting States the possibility to make a declaration in relation to choice of court clauses in contracts concluded by consumers and employment contracts. Mr Nielsen observed that the declaration contemplated in this provision was built on the model of the "opt-in" system. He would rather see a provision of this kind adopting the system of the opt-out, whereby Contracting States would have to make a declaration if they do not subscribe to the protection the Convention gives to consumers. Further, the possibility for States to make a declaration was unduly limited in Working Document No 73 because it only applied to judgments rendered by a court under Article 7(4) *c)* or Article 8(3) *c)*. He noted that these limitations would lead to serious demarcation difficulties.

Turning to Working Document No 76, he explained that the solution proposed in this Document was at least clear-cut and did not suffer from the complexity affecting other Working Documents. He noted that including clear and simple rules of jurisdiction in the Convention would only be possible if the Convention also provided for a possibility to opt out. He also argued that allowing for a certain discretion of the court in these matters would undermine the predictability that is much needed by consumers.

Article X as suggested in Working Document No 76 made it possible for States that do not accept special rules protecting consumers and employees to opt out from the Convention in this respect. Under paragraph 1, States could make a general reservation to Articles 7 and 8 but at the same time still be bound by the obligation to recognise or enforce foreign judgments rendered under these provisions. Paragraph 2 provided for the possibility to opt out entirely from the protective regime of the Convention. In this case, the State would not be obliged to apply Articles 7 and 8 in relation to jurisdiction and would be under no obligation resulting from the Convention to recognise judgments rendered in other Contracting States under Articles 7 and 8. The reservation under paragraph 2 would only be open to States that had also made a declaration under paragraph 1. Finally, paragraph 3 made it clear that a Contracting State which makes a declaration under paragraphs 1 and 2 would not be considered to be a Contracting State for the purpose of the provisions dealing with protective jurisdiction.

Mr Nielsen concluded by suggesting that a small working group be convened to consider the various proposals as he sensed that a compromise solution could be reached.

Mr Kovar (United States of America) expressed disapproval for the suggestions made by the delegation of Denmark (Work. Doc. No 76) and by the European Commission (Work. Doc. No 75). He stressed that he by far preferred the proposal put forward by the delegation of Switzerland in Working Document No 73. He reminded the meeting that the present forum was not suited to attempt to bridge differences in substantive policy concerning the protection of consumers or employees. The meeting should not attempt to harmonise the various substantive policies on protection of the consumers, otherwise it would be necessary to study procedural mechanisms such as the fee shifting rule or the availability of contingency fee agreements, which all contributed to affording some protection to the consumer. In that respect, Working Document No 73 and the draft contained in Annex III-A of Preliminary Document No 15 adopted a better approach since they did not intend to impose what was essentially a regional view of the issue of consumer protection on all other Contracting States. He also noted that his delegation had already taken various steps to increase the protection of consumers under the Convention, for example in proposals not prohibiting the exercise of jurisdiction on the basis of the existence of commercial or other activities by the defendant in the forum and incorporating a measure of activity based jurisdiction in the white list rule on torts. He concluded that in the absence of agreement among the delegations, the issue could always be moved to the "grey" zone and left to national law.

Mr Wagner (Germany) reminded the meeting that his preference went to a rule affording some measure of protection to consumers. He acknowledged the difficulty of the task facing the meeting but wondered at the same time if it could not be possible to find an agreement on a much simpler rule than the ones proposed until now. He noted that the present drafts were all extremely difficult to understand and feared for the reaction of consumer organisations.

Turning to the possibility for the Contracting States to make various declarations, he remarked that a system of this kind would be in contradiction with the increasingly globalised world in which it had become very easy for companies and businesses to move their seats from one country to another. This could lead to the creation of "safe harbour" countries where industries would find a refuge to escape the mechanisms intended to protect the consumers. He also asked the meeting to bear in mind the need to develop rules which would accommodate to a reasonable extent the special concerns of the electronic commerce community. In that respect he welcomed the inclusion of specific rules in the various proposals put forward. Noting that the various proposals all included a reference to the concept of "activity" of the defendant, he also asked the meeting to think about the seemingly unlimited reach of this concept, which seemed to have infiltrated all the provisions of the Convention. In this respect he reminded the meeting that Article 18 contained a prohibition of the exercise of jurisdiction by national courts on the basis of the activity of the defendant in the forum. He concluded by wishing that the meeting would concentrate on the legitimate need to protect consumers.

Mr Musger (Austria) noted that the meeting should take a decision on two issues. In the first place, the Convention should define the circumstances under which a State would be granted jurisdiction on the basis of the existence of the habitual residence of the consumer. He noted that in all the drafts currently under consideration, the *forum actoris* benefiting the consumer was based on a variation of the activity of the defendant.

The second issue facing the meeting concerned the question whether the Convention should enforce a choice of court clause inserted in a consumer contract when it had been concluded before the dispute has arisen. If the answer was yes, the protection afforded by the Convention would become entirely optional, as all companies would include such a choice of court clause to opt out of the protection afforded by the other rules of jurisdiction of the Convention. The meeting needed to take this into consideration when drafting objective rules aimed at protecting the consumer. The draft produced at the informal meeting in Edinburgh has decided to refer this important question to the national law of the State where the consumer had his habitual residence. This led in turn to a further question, because it could very well occur that the State of origin and the State addressed adopted different policies concerning the enforcement of choice of court clauses in consumer contracts. Hence, it became necessary for the Convention to determine if the court addressed was required to enforce a judgment when the court of origin had refused to uphold a choice of court clause that was valid according to the law of the State addressed. Working Document No 73 provided for a complex system of declarations to solve this issue. Mr Musger remarked that this system was likely to be misunderstood by practitioners and judges. It seemed indeed that even the Delegate of Denmark had misinterpreted the proposal contained in this Working Document. In his intervention, Mr Nielsen (Denmark) had observed that Working Document No 73 established a system of opting in, whereas according to Mr Musger the idea behind this Document was to create a system of opting out.

He further expressed support for the proposal made in Working Document No 76, noting that it provided for a clear rule. This proposal was clearly intended to protect the consumer, in that it refused to uphold choice of court clauses concluded before the dispute has arisen. He noted, however, that Contracting States would have the possibility to opt out of this protective rule. If a State made use of the opt-out possibility, consumer litigation would not fall under the Convention *vis-à-vis* this State. In practice the status quo would be maintained, and the consumers would enjoy the possibility of making use of the prohibited grounds of jurisdiction, such as the presence of the assets of the defendant in the forum. He concluded by inviting the meeting to consider further Working Document No 76.

The Chair encouraged the representatives from observers and in particular from non-governmental organisations to contribute to the ongoing discussions.

Mr van der Velde (Consumers International) thanked the delegations of Germany, Denmark and Austria for their support in dealing with the delicate issue of the protection of consumers. He reminded the meeting that his organisation had distributed two issue papers, the first one providing an overview of the consequences that the changes to the preliminary draft Convention suggested during the Ottawa and the Edinburgh informal meetings would have on the protection afforded to consumers. The second document contained the resolution on the Convention adopted by the Transatlantic Consumer Dialogue. He explained that Consumers International was an organisation representing more than 250 independent consumer organisations established in more than 120 countries.

He emphasised that access to justice was one of the cornerstones of consumer protection. The principle that consumers should have the possibility to seek redress before their home courts was founded on that cornerstone and reflected the need to ensure effective redress for unfair, deceptive and abusive business practices. This principle was especially important in the electronic marketplace, where consumers could

Procès-verbal/Minutes No 14

be at a considerable disadvantage if they are subjected to the jurisdiction of distant courts when disputes arise. Depriving consumers of access to their own courts in the case of cross-border disputes is effectively denying them their right to redress via the public justice system. He also underlined that it would be unfair to enforce choice of court clauses included in consumer contracts because these contracts are generally not freely negotiated but rather unilaterally imposed by the other parties. He stressed that Article 7, as found in Preliminary Document No 15, was not acceptable for consumers.

Turning to another issue, Mr van der Velde underlined that concerns had been raised over the potential effect of the Convention on speech, for example the expression of dissent or criticism of corporate and government policies. He acknowledged that significant cultural and legal differences divided the Contracting States and posed a threat to various concepts such as the doctrine of "fair use".

Finally, he wished that the Convention would promote and protect the interests of consumers, in particular by ensuring that consumers who transact from their home jurisdiction not be denied the right to litigate disputes regarding those transactions in the courts of their home jurisdictions. The Convention should further require claims by businesses against consumers to be brought in the courts of the consumers' home jurisdiction and refuse to uphold non-negotiable forum clauses included in standard form contracts. He also stressed that the consumers should be able to have local judgments against foreign businesses easily recognised and enforced in foreign jurisdictions.

He concluded by addressing the issue of possible declarations by Contracting States. He noted that he would like to see all countries enforce judgments under the Convention as a matter of reciprocity. It would be very unfair to allow Contracting States to walk out of the rules providing protection to consumers and at the same time to allow them to enjoy the other benefits provided by the Convention. Finally, he stressed that Article 7 should in any case be kept in the white list of the grounds of jurisdiction.

Mr Philip (Denmark) wished to add some observations following the comments made by the Delegate of the United States of America on Working Document No 76. He assured the meeting that his delegation was in fact still open to a compromise solution provided a consensus could be reached. The solution suggested in Working Document No 76 should only be seen as a possible alternative, that could prove useful if it became clear that no agreement could be achieved on any of the other proposals, which he deemed to be particularly complex and difficult to understand.

Wishing to strike a positive note, he remarked that Working Document No 76 followed the vision presented by Mr Kovar (United States of America), according to whom there were probably two or more different cultures and traditions among the delegations and that it should not be attempted to impose any harmonisation. Accordingly, Working Document No 76 permitted the different cultures and traditions to live next to each other and to retain their own system and rules. The proposal made in Working Document No 76 might hence constitute a sound basis for further discussions.

He concluded by reiterating his willingness to continue the discussions in a constructive spirit and suggested that the issue be further discussed in a working group.

Ms Renfors (Sweden) wished to make some general remarks on the various proposals to contribute to the debate. She noted that Working Documents Nos 73 and 75 constituted significant improvements on the text annexed to Preliminary Document No 15. She acknowledged that Working Document No 76 attempted to provide for a solution if it proved impossible to bridge the differences between the delegations.

She invited the meeting not to focus on the substantive policies and opinions but rather to concentrate on the need to strike a balance between the protection of consumers and of businesses. In this respect, she noted that consumers would only be protected if the rules were kept clear and predictable. Compromises could only be accepted if they provided the necessary predictability and clarity.

She then invited the meeting to form a small working group to discuss the issue and attempt to find a consensus on the protection that consumers deserved or to work further on the Danish proposal if a consensus proved impossible to reach. She admonished the meeting to stay away from the substantive issues of consumer provision and to focus the discussion instead on the rules of jurisdiction and possible limitations on party autonomy.

Mr Möller (Finland) expressed support for the proposal made by Denmark (Work. Doc. No 76) because it provided for clear and understandable rules. By contrast, the proposals embodied in Working Document No 73 and annexed to Preliminary Document No 15 were far too complex. He noted that the meeting had not received any mandate to attempt to harmonise the substantive consumer policies. At the same time the Convention should strive not to make the situation worse for the consumers than the existing status quo. If the Danish proposal did not receive support from the meeting, then Working Document No 73 was preferable to the draft annexed to Preliminary Document No 15. He concluded by observing that this discussion should be continued in a small working group as the Plenary Session did not constitute an appropriate forum.

Mr Siqueiros (Mexico) extended firm support for the proposal made by the Delegate of Denmark (Work. Doc. No 76) and noted that Article X should be included in the future Convention.

Mr Kovar (United States of America) thanked the other delegations for their comments. He reminded the meeting that preserving the status quo would mean applying the national rules, which differed a great deal from each other. It would not bring about the application of a standard based on a regional agreement such as the Brussels Convention, but instead would allow the various national approaches to continue to co-exist.

He noted that the proposal made by the delegation of Denmark (Work. Doc. No 76) proved helpful if only because the rules suggested were clear. It also forced a change in the existing status quo. In his opinion, Working Document No 76 implied that Contracting States accept the rules of jurisdiction of the 1999 preliminary draft Convention. This proposal allowed Contracting States to opt out of these rules but required the States to make a sweeping reservation. In practice, Contracting States would be forced to go on the record and appear opposed to extending any protection to consumers. Even though he recognised that in practice the practical result was not much different from the Edinburgh approach, he noted that making such a reservation may well prove impossible due to political reasons.

He firmly opposed suggesting that Contracting States either adopt a model based on the European approach or make a reservation and preferred the approach reflected in Working Document No 73 as well as in Annex III-A of Preliminary

Document No 15. Nevertheless, he observed that many questions needed to be resolved concerning the latter two documents. He explained that there also existed an alternative solution, which he did not necessarily wish to endorse at this stage. Contracting States could indeed decide to exclude consumer transactions and employment contracts altogether from the scope of the Convention.

Finally Mr Kovar wished to make a clarification for the record concerning the comments made by the Delegate of Australia at the beginning of the debate. He noted that everybody should recognise that Mr Bennett was not speaking on behalf of the United States of America and that his statement did in no way reflect the United States position. Frankly speaking, he disagreed completely with the statement made by Mr Bennett.

Mrs Bariatti (Italy) explained that she had not taken part in the informal discussions and therefore had some difficulty understanding the various proposals made. She noted that it was of the utmost importance to clarify and simplify the provisions suggested by these proposals. She added that it would be useful if the Convention could provide a flashing light informing the consumers of the various possibilities the Convention offered in terms of jurisdiction and advising what the consequences of these possibilities would be on the recognition and enforcement of judgments. If the consumer started proceedings and obtained a judgment, it would be most unfortunate for him to discover at this late stage, after having incurred numerous expenses, that the State where he hoped to enforce the judgment had made a declaration and would therefore be free not to give effect to the judgment. She also noted that practising lawyers might even be misled by the provisions suggested and would probably only realise the true scope of the Convention after having made a few mistakes.

She then mentioned that the choice between the techniques of "opting in" and "opting out" would probably not lead to different outcomes in practice, but constituted nevertheless an important policy choice. She concluded by reminding the meeting that several Hague Conventions had made use of other mechanisms to reach the same result as these techniques. The said mechanisms might offer a more nuanced approach to the problem under consideration.

Mr Parker (United Kingdom) noted that there probably was an agreement in the meeting on the substantive part of Article 7, at least on the basis of the Swiss proposal (Work. Doc. No 73) and the text annexed to Preliminary Document No 15. These proposals were generally satisfactory. He added that, whatever solution is agreed upon, there is an inevitable degree of complexity to an agreement of this kind. He suggested entrusting to a small working group the task of further examining the details of the two solutions.

He explained next that there probably was much less agreement on the issue of recognition and enforcement. Further work was needed to refine the system of declarations made by the Contracting States, in the first place to ensure that the relevant provisions were as simple and as clear as possible. He concluded that there would be many instances where consumers could benefit from the Convention and that consumer contracts should therefore not be excluded from the scope of the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) thanked the delegates who had identified the two key issues. He noted that there was an emerging consensus in the meeting on the question of the circumstances under which a consumer should be able to bring proceedings before his home court. By contrast there remained substantial differences on the question of the effect of choice of court clauses in consumer contracts. Some Contracting States would never uphold such clauses, others would hardly do so, and yet others would only keep the parties to their bargain when the clause was fair or reasonable. Mr Goddard argued that these differences could probably not be bridged by the Commission and that the delegations lacked a mandate to attempt to reconcile their differences in this respect. The Convention should rather give the Contracting States the possibility to decide for themselves whether they would give effect to these clauses, both at the stage of jurisdiction and when a judgment is presented for enforcement.

If the question of the effect of a choice of court clause arose at the stage of jurisdiction, there seemed to be an agreement in the meeting to let the State where the consumer was habitually resident decide on the effect of the clause. He referred in this respect to Article 7(5) *d)* as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15. When this question arose in the context of a judgment creditor attempting to enforce the judgment, the issue became to determine how to allow a State to refuse the enforcement on account of its views on the effect of the choice of court clause. The various proposals considered during the discussions came from different angles and the meeting would have to make a politically difficult choice between an opting in and an opting out system.

Mr Goddard asked that a working group be constituted to consider and improve the various Working Documents and further invited the meeting to provide guidance to this working group on several key issues. The first issue concerned the possibility of disapplying Article 7 when the business did not know that the contract was concluded by a consumer. He asked that delegations comment and express their opinions on this rule. The meeting should also give guidance on the issue of "negative targeting", where a business attempted to avoid concluding contracts with specific consumers. The text annexed to Preliminary Document No 15 provided that under these circumstances, consumers should still be able to sue before their home courts. The question, however, was whether choice of court clauses should also be set aside, as suggested in the Swiss proposal (Work. Doc. No 73).

He went on to consider the question of the complexity of the various proposals, noting that the meeting should consider an adequate alternative provision if it appeared that the end result of the negotiations proved overly complex. He suggested considering removing to the grey zone the question of the effect of choice of court clauses for a court other than that of the habitual residence of the consumer.

Turning to the proposal made by the Delegate of Denmark (Work. Doc. No 76), he observed that the rationale behind the proposal was to offer a clear-cut rule. However he suggested that in the process of simplification, too much had been removed from the Convention. The declarations considered under Article X of this proposal removed from the Convention a large number of issues on which agreement was possible between the delegations. In particular, the controversy seemed to focus on the question of the enforcement of choice of court clauses, whereas the declarations would also prevent consumers from invoking the other rules of jurisdiction provided by Article 7, and in particular the *forum actoris* which could benefit the consumer. He mentioned the example of two States which had made the declaration contemplated in Article X because they would, under certain circumstances, enforce a choice of court clause included in a consumer contract. If a dispute arose between two parties resident in these countries, the consumer would be barred from invoking the jurisdiction of his home court even though there was no mention of a choice of forum clause in the case. If, in the same example, the parties had made a choice of forum

Procès-verbal/Minutes No 14

which both States would under the circumstances regard as unenforceable, the courts of the two countries would also be unable to rely on the rules of jurisdiction provided by the Convention and the judgment could not be enforced under the Convention. He concluded that the declarations made possible in Working Document No 76 were too broad and lack the required nuance.

Ms Wellbery (Commercial Internet Exchange) remarked that the text annexed to Preliminary Document No 15 constituted an improvement to the text of the preliminary draft Convention, in particular since it contained a more suitable definition of the concept of "consumers". From the perspective of companies engaged in electronic commerce, however, there remained significant problems. In the first place, the default rule under the text granted jurisdiction to the country of destination and did not, in principle, permit recourse to choice of forum clauses. She also noted that the draft Article 7 created unpredictability for electronic transactions without affording real remedies to consumers. Companies engaged in electronic commerce could be sued in any country where their website was accessible and could also be subjected to the laws of these countries, which created considerable uncertainty. On the other hand, the rules did not afford real protection to consumers because launching judicial proceedings, even before a home court, would often prove too costly, in particular in jurisdictions lacking mechanisms such as the contingency fee agreements or the class action suit which allowed consumers to aggregate their claims and share the costs and burden of a lawsuit. In the end, Article 7 would probably only benefit American customers because they could invoke mechanisms such as the contingency fee agreements.

She further observed that paragraph 1 of Article 7 put the burden on companies to inquire for which purposes consumers were contracting. This might lead to difficulties with rules protecting the privacy of consumers and would in any case put an unreasonable burden on small- and medium-sized companies, which often remain ignorant of legal obligations imposed on them. She also expressed concerns regarding the reference in Article 7(3) *a)* to the concept of "promotion", noting that it was unclear how courts would interpret this condition, in particular in the context of electronic commerce. Turning to the safeguard clause contained in Article 7(3) *b)*, she asked whether it would be sufficient for a business, in order to benefit from the negative targeting clause, to include a disclaimer. Once more, small- and medium-sized companies would be at a disadvantage because of their limited understanding of legal texts.

She also noted that the Convention intended to freeze the rules of jurisdiction in international cases in a text which would be very difficult to modify in the future, and that it could be premature in a field where national rules of jurisdiction were barely emerging and rapidly evolving. Finally, she noted that the OECD had abstained from including guidelines on jurisdiction in its recent "Electronic Commerce and Consumer Protection Group Guidelines for Merchant-to-Consumer Transactions", because the issue had proven too difficult to resolve and the fear existed that agreeing on guidelines would be premature at this stage.

Mr Boggiano (Argentina) agreed with the comments made by the Delegate of Austria. He also expressed support for the proposal made by the delegation of Denmark (Work. Doc. No 76), which ought to be considered as a sound basis for further work. Mr Boggiano explained that he understood the position expressed by the delegation of the United States of America on the political nature of the issue and requested further guidelines from this delegation on its position. He acknowledged that the issue of electronic commerce was still evolving rapidly and that some technical questions could go beyond the expertise of the delegations. Finally, he suggested a compromise based on the proposal made by the delegation of Denmark, which would incorporate some of the elements put forward in the Swiss proposal (Work. Doc. No 73) and at the same time attempt to meet some of the concerns expressed by the delegation of the United States of America.

Mr Clarke (Ireland) cautioned the meeting against spending too much time on a problem which would not arise too often in practice. He advised the delegations to focus instead on the difficulties raised by electronic transactions, which had not yet received as much attention as they deserved. He noted that the phrases "directed to" and "negative targeting" used in some of the drafts were vague and left a lot of scope for interpretation, although the future Convention would not benefit from uniform interpretation by a single supreme court. He further stressed the importance of the values of certainty and impartiality, which in some respects were more important than the ideal of justice in the individual case.

He suggested revisiting the issues discussed in a small working group and to add some language in the Report to assist practitioners and courts in the interpretation of the future Convention. He added one suggestion, stating that the Report should mention that one factor to be taken into account is the fact that a website solicits the conclusion of a contract and that the contract is concluded at a distance. It should also be explained that the language of the website and the currency used are not relevant. He observed that the Danish proposal (Work. Doc. No 76) had a lot of merit, in particular because the distinction between several declarations made the provision clearer. The differences between the technique of opting in and opting out were, in his opinion, of a political nature and a working group could be asked to find a way around these difficulties. Finally, he asked the meeting to attempt to improve the clarity of the various proposals.

Mme Bourgeois (France) explique qu'il lui paraît indispensable que la Convention prévoie une disposition assurant la protection des consommateurs afin de garantir les intérêts de ces derniers, mais également de permettre le développement des entreprises, lequel est tributaire de la sécurité et de la prévisibilité juridique notamment en matière de commerce électronique. Elle salue ensuite l'important travail fourni tant par les rédacteurs de l'annexe III-A que ceux des Documents de travail No 73 et No 75. Elle indique, par ailleurs, que la portée des différentes propositions lui semble pour l'heure difficile à mesurer et qu'elle approuve l'idée de la constitution d'un groupe de travail à ce sujet. Elle précise enfin que le travail à venir doit être animé par le souci de parvenir à une solution aussi équitable et claire que possible, même si ces deux objectifs peuvent parfois s'avérer contradictoires.

Mr Liew (Republic of Korea) wished to make two points. In the first place he explained that Korea had recently amended its legislation on private international law and had on this occasion introduced provisions on consumer protection which were inspired by the 1999 preliminary draft Convention. He noted, however, that these provisions had not yet given rise to any case law. In principle he expressed support for the presence of a provision protecting consumers in the "white" list of the Convention and as such could consider accepting the proposal made by Switzerland (Work. Doc. No 73), even though more discussion was needed to clarify the concept of activity based jurisdiction.

Turning to the impact of electronic transactions, Mr Liew explained that the Korean industry was very actively involved in electronic commerce and that transactions in this field already amounted to 290 million USD per year, even though

most of these transactions were purely domestic. He asked a question concerning the possibility for a business to include a disclaimer to prevent the application of the rule of jurisdiction protecting consumers. Article 7(3) *b)*, as found in Annex III-A of Preliminary Document No 15, referred to the conclusion of a contract. The question arose, however, as to whether a disclaimer could also be included concerning the performance of the contract. He drew attention to Article 6(3) as found in Annex I of Preliminary Document No 15, which contained a similar escape clause for the defendant. This provision referred, however, both to the conclusion and to the performance of the contract. The question was therefore if a business could, under the proposed Article 7, also include a disclaimer relating to the performance of the contract. This was particularly important since, in electronic transactions, a business could be deemed to enter automatically into a contract by the mere fact that it operates a website accessible to consumers. He hoped that the Report would include an explanation on the scope of the possibility for the business to escape the *forum actoris* provided by Article 7.

M. Bucher (Suisse) précise, en réponse aux interrogations des Délégués des États-Unis d'Amérique, qu'un État contractant qui n'aurait pas effectué la déclaration visée à la lettre *c)* du paragraphe 4 du Document de travail No 73 ne reconnaîtrait pas un jugement rendu en application d'une clause d'élection de for qui ne serait pas valable. Il avoue ensuite ne pas comprendre les préoccupations de la délégation des États-Unis d'Amérique qui, contrairement à ce qu'il avait pu croire, ne semblent pas liées aux dispositions relatives aux clauses d'élection de for. Par ailleurs, M. Bucher regrette que, malgré leurs réserves, les représentants des organisations professionnelles n'aient pu formuler de propositions alternatives. Il reconnaît enfin que si la définition du consommateur est une question délicate, celle-ci est néanmoins récurrente. La définition proposée par les différents textes discutés, poursuit-il, s'inspire d'ailleurs de celle retenue par la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, laquelle a été ratifiée également par les États-Unis d'Amérique. S'agissant du problème de la protection effective des consommateurs, M. Bucher estime que l'absence de pacte de *quotum litis* dans la plupart des pays ne saurait être considérée comme rédhibitoire car d'autres mécanismes ayant des effets similaires existent dans de nombreux pays, et notamment la possibilité d'obtenir une aide judiciaire ou de recourir à la médiation.

Ainsi, M. Bucher considère que seule la proposition contenue dans le Document de travail No 76 soulève un réel problème car celui-ci est d'ordre politique. Selon lui, plusieurs points doivent être envisagés. En premier lieu, il s'interroge sur la portée dans l'espace de la déclaration prévue à l'article X. En second lieu, il indique qu'il convient de déterminer les conséquences d'une telle déclaration. Faut-il considérer que les matières ainsi exclues relèvent de la zone grise ou bien que celles-ci n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention, auquel cas les compétences prohibées par l'article 18 pourraient être appliquées. Il attire enfin l'attention des participants sur les risques liés à l'absence de limite du champ d'application territorial de la déclaration prévue à l'article X. En effet, dans ce cas, mus par un effet d'entraînement mutuel, de nombreux États contractants pourraient procéder à ladite déclaration. Une solution éventuelle pourrait, selon lui, résider dans une faculté de bilatéralisation du système.

M. Voulgaris (Grèce) exprime son soutien intégral à la proposition contenue dans le Document de travail No 76 en raison de sa grande simplicité. S'agissant des problèmes soulevés par M. Bucher, il estime que ceux-ci ne sont pas rédhibitoires. En effet, les États contractants qui procèdent à la déclaration demeurent, selon lui, liés par l'article 18 de la Convention et le risque de voir un trop grand nombre d'entre eux exercer la faculté de réserve dont ils disposent ne saurait être surestimé. Il stigmatise ensuite la trop grande complexité des autres propositions discutées, hormis la lettre *c)* du paragraphe 5 de l'annexe III-A, en faveur du maintien de laquelle il se prononce. Il considère également que, malgré leur complexité, les problèmes liés au commerce électronique appellent des solutions juridiques simples. Enfin, il se prononce en faveur de la constitution d'un groupe de travail en vue d'inclure dans la proposition exposée dans le Document de travail No 76 les dispositions prévues par la lettre *c)* du paragraphe 5 de l'annexe III-A. Pour conclure, il rappelle, en réponse aux observations faites par la délégation de l'Autriche, que, pour lui, il appartient à la loi du tribunal de se prononcer sur la validité d'une clause d'élection de for.

Mr Hu (China) expressed support for the inclusion of a rule on consumer contracts in the "white" list of the Convention. He recognised, however, that Contracting States had adopted divergent approaches on the substantive policies and, hence, the Danish proposal (Work. Doc. No 76) was a good compromise. He added, however, that Contracting States should be conscious of the impact declarations would have. In practice, declarations by Contracting States under Article X would break up treaty relations between the States. He therefore advised caution in proceeding with Working Document No 76.

Mr Poon (China) made a comment regarding the scope of the declarations by Contracting States under the Danish proposal (Work. Doc. No 76). He observed that declarations made under this proposal would end up removing a great many rules of jurisdiction which would otherwise be available to consumers, such as the rules for contracts or the rules in tortious matters. He therefore advised caution in the drafting of the final solution.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) explique que n'ayant pu participer aux travaux qui ont conduit à l'élaboration des différents documents discutés, elle se bornera à exposer quelques considérations d'ordre général. Elle considère qu'il est nécessaire que des dispositions relatives à la protection des consommateurs figurent dans la Convention. Selon elle, ces dispositions doivent, par ailleurs, réaliser un équilibre entre les différents intérêts en jeu mais également être aisément compréhensibles même pour les profanes. Elle salue ensuite les efforts des délégations ayant proposé les différents documents discutés, lesquels, malgré leurs nombreux mérites, ont eu à payer le prix du compromis. Le très grand raffinement des dispositions qui en est résulté ne doit pas, selon elle, mettre en péril l'objectif qui préside à leur élaboration, à savoir la protection des consommateurs. S'agissant de la proposition contenue dans le Document de travail No 76, elle s'interroge sur la faculté des États contractants à accepter l'inclusion d'une éventuelle réserve au sein de la Convention. Elle ajoute qu'une telle proposition ne résout d'ailleurs pas l'ensemble des problèmes soulevés. En effet, la possibilité d'exercer une réserve ne décharge pas les États contractants de la nécessité de trouver des dispositions de protection des consommateurs qui soient satisfaisantes. La nature de ces dernières sera toutefois vraisemblablement différente si la faculté d'exercer une réserve est admise. Ainsi, elle s'interroge sur la nécessité de trancher en priorité le problème d'ordre politique avant de poursuivre la discussion sur le fond.

Mr McGovern (Canada) noted that simplicity might seem seductive in this issue but that it may also prove too much. He suggested that a working group take up the several proposals that had been made and discussed, and continue the reflection. He concluded by noting that the Swiss proposal (Work. Doc. No 73) was interesting and raised intriguing questions regarding the burden of proof.

Mr Philip (Denmark) noted that this had been an interesting discussion. He wished to contribute to the debate on the political question by suggesting turning the table. This would mean that the Convention would in principle give effect to choice of court clauses included in consumer contracts but that Contracting States would have the opportunity to declare that they will not honour these clauses, or that they will only do so within certain limitations, for example that the dispute has already arisen. This proposal would make it possible to keep consumer rules in the Convention. At the same time, Contracting States would have the possibility of limiting the effects of choice of court clauses.

He concluded by suggesting that the issue be taken up by a small working group.

The Chair invited the meeting to constitute a small working group which would set up the main alternatives on the basis of the three main proposals that had been discussed. The working group would have to indicate on which issues the proposals differed and on which issues there was agreement, so that the meeting could come back to the issue on the basis of a clear text.

The meeting was closed at 1.20 p.m.

Procès-verbal No 15

Minutes No 15

Séance du jeudi 14 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Thursday 14 June 2001 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 40 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

Le Président observe d'abord que la somme du travail déjà accompli est importante, mais qu'il lui semble que la tâche est loin d'être terminée. Il évoque ensuite quel pourrait être l'ordre du jour pour la séance de l'après-midi et pour celles du lendemain.

The Chair announced that the following discussion would deal with provisional and protective measures. He further noted that a preliminary Convention text would be drafted for the coming Monday. For this purpose, he asked the delegates to consider Working Documents Nos 64, 67 and 71 on Articles 34, 33 and 25. If there was any objection to these solutions, he would ask the delegates to nevertheless allow their insertion in square brackets. He then outlined the agenda for the next day, which encompassed the remaining issues on recognition and enforcement, torts and prohibited grounds. In addition, the discussion on Article 4 and Article 5 should be continued. He made reference to Working Document No 17 (Denmark) and asked the delegates to consider it so that it could be discussed the next afternoon.

Mr Bennett (Australia) asked when the item "bilateralisation" would be dealt with.

The Chair answered that this would be during the coming week. He drew attention to the item "provisional and protective measures" and gave the floor to Mr Nygh (co-Reporter) for an introduction.

Mr Nygh (co-Reporter) drew attention to Articles 13 and 23 *b)* of the preliminary draft Convention. He further made reference to the Report of the preliminary draft Convention that dealt with Article 13 (Nos 178-193) and with Article 23 *b)* (No 299). He reported that there had been many debates in relation to the existing provisions. He outlined three options that could be specified as deletion, improvement or limitation to a jurisdictional ground with territorial effect.

One solution was to delete the provisions relating to provisional and protective measures altogether. He referred to the comments submitted by the delegation of Japan. He noted that a Working Document had not been prepared. Even though this solution seemed to have the advantage of simplicity, one had to be cautious when leaving the question to national law because of Article 18(2) *a)* of the preliminary draft Convention.

Another solution would be to maintain the provisions, but to revise and improve them as was proposed by Working Document No 70 (Switzerland).

As to the third option, Mr Nygh made reference to the draft that had been prepared during the Edinburgh meeting and that had been set out in Annex V of Preliminary Document No 15. The solution found there intended to establish a ground for the exercise of jurisdiction by Contracting States to order interim measures in support of proceedings on the merits in another State. In effect, this proposal precluded recognition.

Mr Shimizu (Japan) thanked Mr Nygh for his overview. Mr Shimizu said that the delegation of Japan had not considered a Working Document necessary, since the proposal merely consisted of a straightforward deletion.

He then explained the position of the Japanese Government: by ratifying the Convention, Japan, with respect to provisional and protective measures, might run the risk of making a promise that could not be upheld. Even if provisional and protective measures were an important and frequently-used device in Japanese law, the notion of recognising and enforcing foreign measures was a different matter. Since provisional and protective measures were already, domestically speaking, quite diverse and subject to broad discretion, it was not certain whether, in an international context, the Japanese procedural system could accommodate every measure that had been conceived elsewhere in the world. Furthermore, the quality of these measures could not always be viewed as trustworthy as a foreign judgment. Moreover, provisional and protective measures were often ordered without hearing the other party.

He pointed out that the merits of the recognition and enforcement of a foreign measure would become less appealing, bearing in mind that translations and additional orders of the court addressed were needed anyway. For this reason, it might prove easier to request the appropriate measures in the State addressed in the first place.

He further noted that if provisional and protective measures were included within the Convention, implications with other provisions would necessarily arise. As examples, he noted the expansion of the public policy situation and the existence of an additional *lis pendens* problem.

Mr Beaumont (United Kingdom) supported the Japanese proposal and endorsed the point that in many cases the State addressed would not know the significance of a certain measure which the State of origin had ordered. Experience in these matters within the European Community had demonstrated the need for certain safeguards, which were not only missing in the present text but also proved to be difficult to conceive for the purposes of this Convention.

He further raised the point of the cost-benefit analysis that had already been mentioned by Mr Shimizu: if the recognition and enforcement of a provisional or protective measure within another legal system cost much time and effort, then it would probably be more convenient to request the provisional or protective measure directly.

He continued with the assumption that the next question would be whether the item was to be removed from the scope of the Convention or maintained within the "grey area". Since conflicts with the "black list" jurisdiction could arise, he preferred to take the subject of provisional and protective measures entirely out of the Convention's scope.

He then commented on the Edinburgh draft, which was set out in Annex V of Preliminary Document No 15. He noted that Annex V proposed a minimal solution and that the text did not achieve the objectives that had been presented in the footnotes of the document. It created ambiguity because it merely allowed the courts of a Contracting State to order provisional or protective measures without having jurisdiction to determine the merits of a claim, but it did not compel the Contracting States to introduce this kind of power to their bodies of law.

Mr Nygh (co-Reporter) observed that the statement given by Mr Beaumont went beyond the proposal of the Japanese delegation, since the removal of provisional and protective measures from the scope of the Convention implied the necessity of changing Article 1 of the preliminary draft Convention. He noted however that so far no Working Document had been issued.

Mr Möller (Finland) expressed his support for removing the item of provisional and protective measures from the scope of the Convention. There would be a series of difficult implications if foreign measures were recognised, and he noted that one would have to address the authorities of the State anyway, where, for example, the assets that needed to be frozen were located. However, he regretted that a practical solution could not be found, since provisional and protective measures were given much attention within national litigation and could prove even more important in an international context. Finally, a simple deletion of Article 13 would not suffice, because then a problem with the application of the "black" list would still remain.

Ms Schulz (Germany) by way of introduction listed the participants of the special Working Group that had drafted the Edinburgh proposal in Annex V of Preliminary Document No 15. The special Working Group consisted of Mr Goddard (New Zealand), Mr Mc Ginness (Australia), Mr Struycken (Netherlands), Mr Musger (Austria) and herself.

She gave a brief report on the considerations underlying the drafting of the proposition in Annex V: There had been a consensus within the Group that there should be no recognition and enforcement of provisional and protective measures under the Convention. For this reason paragraph 1 of Article 13 was deleted. A rule such as the proposed Article 22 *bis*, paragraph 1, was needed, since the courts of some countries, especially those within the Commonwealth, were not competent to order provisional or protective measures in support of proceedings on the merits that were pending in a different State. She illustrated this aspect by presenting the case of a plaintiff suing a defendant in Germany, while the defendant's assets were only located in New Zealand. The plaintiff's interest to freeze these assets on an interim basis could not be met, since the existing case law prevented a New Zealand court or authority from assuming jurisdiction to order interim protection. The proposed rule could prove useful in order to cause Contracting States belonging to the Commonwealth to establish a ground for jurisdiction to order interim protection by statute, which would then overrule case law. These measures would be limited, and in particular the enforcement would be limited to the territory of the State addressed.

She stressed that a new ground for "white list" jurisdiction was not intended. For this reason the proposal would be introduced into a separate Chapter as a stand-alone provision. She noted that the present text of the Convention did not allow any provisional or protective measure to be taken within the "grey area". However, if the mention of Article 13 were removed from Article 17, the "black list" restrictions would apply. In order to prevent this, paragraph 2 of the proposed Article 22 *bis* had been inserted into the proposal.

She summarised the three objectives of the Edinburgh proposal in Annex V: Firstly, recognition and enforcement of foreign provisional and protective measures disappeared. Secondly, States were obliged to grant jurisdiction to order interim protection in support of foreign proceedings on the merits to a limited extent. Thirdly, the proposal precluded the application of the "black list" and opened the "grey area".

The Chair gave the floor to Mr Bucher so that he could introduce Working Document No 70.

M. Bucher (Suisse) indique d'abord que, sur le premier point, il préfère renvoyer à la présentation faite par Mme Schulz, en expliquant que celle-ci a largement contribué à la préparation de la Note qui fut établie, lors de la réunion d'Édimbourg, par le Groupe de travail informel sur les mesures provisoires (annexe V du Doc. prél. No 15). Il introduit ensuite la proposition suisse, qui est contenue dans le Document de travail No 70. Il note que celle-ci reprend pour l'essentiel les paragraphes premier et 2 du nouvel article 22 *bis*, tels qu'ils sont formulés dans la Note susmentionnée. Il estime qu'il convient de ne pas éluder cette question et qu'il est préférable de mentionner un élément positif, quitte à ce que sa substance soit très mince, comme a pu l'observer le Délégué du Royaume-Uni. Il relève incidemment que les États contractants seront libres quant à la manière de prendre des mesures provisoires et conservatoires.

M. Bucher précise qu'avant tout, une correction doit être apportée à la version française de la proposition suisse, et à cette seule version. Il faudrait compléter le paragraphe 3 et lire : « mesures provisoires ou conservatoires destinées à la protection temporaire des droits qui font l'objet de l'action au fond », pour reprendre la locution qui figure déjà à la ligne 4 du paragraphe 2. Il indique ensuite qu'en vertu du paragraphe premier de l'article 13, le juge déjà saisi de l'action au fond, s'il est compétent à cet égard, doit aussi pouvoir prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Selon l'article 23A, tel que proposé par la délégation de la Suisse, la reconnaissance et l'exécution d'une décision ordonnant une telle mesure n'est possible que lorsqu'elle a été prise par ce même juge.

M. Bucher admet les réticences exprimées, notamment par le Délégué du Japon, quant au supplément de procédure que suppose la circonstance où la mesure provisoire ou conservatoire est prise à l'étranger, et non directement dans le pays de son exécution. Néanmoins, il justifie la position adoptée par le fait que le tribunal saisi de l'action au fond est celui qui connaît le mieux le dossier. M. Bucher ajoute que la solution a été inspirée par le résultat d'une consultation effectuée auprès des représentants des États lors des réunions de la Commission spéciale, lors desquelles M. Nygh avait demandé de classer, en ordre décroissant, les éléments qui leur paraissaient acceptables. Il s'était avéré que les participants avaient jugé que cette règle était effectivement un minimum acceptable par tous.

Mr Philip (Denmark) stated that the delegation of Denmark did not consider a provision on provisional and protective measures to be necessary under this Convention. However, he noted that his delegation was ready to negotiate solutions which were based upon the Edinburgh draft in Annex V of Preliminary Document No 15 and the proposal set out in Working Document No 70. He asked for affirmation, with respect to paragraph 2 of the Edinburgh draft and paragraph 3 of the Swiss draft respectively, that they only applied to the proceedings on the merits pending in another Contracting State. Further, he requested a clearer distinction as to the functions of the various paragraphs.

He continued by saying that if the provisions were not simply to be deleted, a working group would have to meet to discuss the details.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the editors of the Edinburgh draft believed that the recognition and enforcement of provisional and protective measures – as provided by the present text – was not practicable and provoked some significant risks. This even applied to the more limited proposal in paragraph 1 in Working Document No 70. To illustrate, he mentioned questions such as whether and how an injunction dealing with property could be enforced in other countries or whether third parties would be required to search relief at the court of origin if they were affected by a protective measure granted by this court. He said that there were many more problematic issues that would require further consideration. Moreover, it would prove to be far easier to seek interim relief directly within the legal system that could grant protection instead of requesting the recognition and enforcement of a foreign measure, which would always involve delays and formalities.

He nevertheless did not share the view expressed by the delegation of the United Kingdom. Effective interim relief was the essence of effective cause of justice and therefore needed to be referred to within the Convention. He was confident that the Convention could assist countries in establishing jurisdictional power to order interim protection in support of foreign proceedings. Defects of national law could be cured more easily in the course of the implementing legislation to an international convention than by means of a stand-alone proposal to amend national law.

Further, he argued that by removing provisional and protective measures from the scope of the Convention, the control over excessive grounds of jurisdiction by Article 18 would be relinquished. Without this control, a jurisdiction prohibited under Article 18 could grant interim relief that could in effect be equivalent to a final decision. In this respect, the proposed paragraphs 2 and 3 of the Edinburgh draft were useful.

Mr McEvoy (Australia) endorsed the remarks given by Mr Goddard. He also supported the proposal in Working Document No 70, also with regard to its paragraph 1. He agreed with Mr Goddard that this Convention could play an important leadership role with respect to the implementation of jurisdictional rules concerning interim measures in an international context. He said that it would be shameful if advantage of this opportunity were not taken. At the very least, a provision in the form of the proposed Article 22 *bis* in Annex V of Preliminary Document No 15 should be envisaged.

Ms Schulz (Germany) presented further arguments against the proposals of the United Kingdom, Japan and Switzerland. As to that of the United Kingdom and Japan, she stated that if provisional and protective measures were removed from the scope of the Convention, the "black list" would no longer apply. Further, it would not be a good signal if an issue of such high importance and practical relevance were kept out of the Convention.

She then expressed her concerns with regard to paragraph 1 of the proposal in Working Document No 70 and in particular the reference made to the "white list" grounds, which had not been agreed upon yet. Ms Schulz especially did not want to accept provisional and protective measures on the grounds set out in Articles 14 and 16 of the preliminary draft Convention. Moreover, she noted that the wording "provisional and protective measures" should be used in order to ensure that interim payments were not covered. However, she supported paragraphs 2 and 3 of the Swiss proposal in principle.

Next, and with reference to the last remark given by Mr Beaumont (United Kingdom), Ms Schulz suggested that it would be preferable to alter Article 22 *bis*, paragraph 1, of the Edinburgh draft in Annex V of Preliminary Document No 15 as follows: "The courts of a Contracting State shall, even where they do not have jurisdiction to determine the merits of a claim, have jurisdiction to order provisional or protective measures [...]". She stated that the unsatisfactory *status quo* could only be changed if the Contracting States were obliged to introduce jurisdiction to order interim measures in support of foreign proceedings.

Finally, she proposed that Article 22 *bis*, paragraph 2, of the Edinburgh draft should read "Contracting State" instead of "State".

Mrs Borrás (Spain) expressed her support for Working Document No 70. She believed that provisional and protective measures were an important issue to the Convention. Since these measures, especially in international litigation, had great influence on the success of the enforcement of judgments, the Convention would in some cases prove to be useless if it did not simultaneously provide appropriate support with respect to interim protection.

Mr Kovar (United States of America) said that it was difficult to assume a firm standpoint in this complex issue. He outlined the controversial interests reaching from those of copyright owners, who were eager to have effective interim protection to enforce their rights, to those of ISPs and consumers, who were uncomfortable about a broad application of interim protection within an international context. He noted that various practical difficulties would arise if provisional and protective measures were included in the Convention, but he also agreed with Mrs Borrás on the significant importance of interim protection to international litigation.

With regard to the technical aspects of this issue, he noted that it was substantial to clarify the importance of the "black list" to the ordering of provisional and protective measures under national law. He questioned whether the approach of the United Kingdom would not lead to abuses. He also

indicated that the Edinburgh draft in Annex V of Preliminary Document No 15 and the Swiss proposal in Working Document No 70 gave rise to some uncertainties such as the use of the open-ended wording "to be brought" in the respective provisions.

As to the aforementioned case law problem, he said it was related to the States of the Commonwealth but not to the United States of America. He said that drafting a "grey area" for these States could lead to implications, especially if these States had no power under national law to fulfil the necessary implementations.

He concluded that, unlike the Swiss approach, one could limit the recognition and enforcement of provisional and protective measures to certain types of interim relief, which were not likely to create any practical problems, *e.g.*, freezing orders. He proposed a wording that read: "The court seised under Articles 3 to 16 to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures to preserve assets." The linked recognition and enforcement provision could read: "Provisional and protective measures ordered in accordance with Article 13 shall be enforced to the extent such measures can be enforced in the State addressed."

Mr Musger (Austria) commented on the issue by drawing the attention of the meeting to three points:

Firstly, paragraph 1 of the Swiss proposal reintroduced a "white list" jurisdiction for protective and provisional measures, which could lead to difficult problems with respect to the interests of third parties who may be affected by an interim measure. He further pointed out that, if one accepted "white list" jurisdiction for provisional and protective measures, it should in any case be limited to measures which were ordered within contradictory proceedings in order to keep out the vast area of measures that could be taken within *ex parte* proceedings.

Secondly, he indicated that various problems would arise if Article 18 of the Convention were applicable to provisional and protective measures. In particular, it should be possible to give a freezing order on the mere jurisdictional basis of the presence of goods in the State of the court seised. If the black list were applicable, this would be excluded by virtue of Article 18(2) *a)*. With respect to interim payment orders, he stated that it should be made very clear that they were not covered. He proposed that interim payment orders should be explicitly excluded from a provision on provisional and protective measures.

Thirdly, he stated that if a rule compelling States belonging to the Commonwealth to introduce jurisdiction for interim protection in support of foreign proceedings on the merits were accepted under the Convention, it should be ensured that this rule only referred to the protection of proceedings in another Contracting State that were not prohibited by Article 18. Such a rule would be in the interest of other Contracting States.

M. Hoscheit (Luxembourg) insiste d'abord sur le fait que les conditions générales applicables à la reconnaissance et à l'exécution empêcheront que soient reconnues des mesures provisoires ou conservatoires qui ne présenteraient pas de garanties suffisantes selon l'État requis. Il indique ensuite qu'il considère que la formulation proposée à Édimbourg est minimaliste et qu'elle ne lui paraît pas d'un grand apport par rapport à l'avant-projet de Convention. Il exprime une préférence très nette pour la proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 70), en ce qu'elle prévoit une possibilité de reconnaissance et d'exécution dans, au moins, un cas bien précis. M. Hoscheit donne ensuite un exemple concret pour attester de l'utilité de cette règle. Il envisage le cas de deux personnes établies dans un même pays, qui concluent un contrat de vente. Celui-ci fait l'objet d'une action en contestation de validité intentée devant le juge de leur résidence commune. Si les assemblées générales de la société concernée se tiennent dans un autre pays, il faut se tourner vers ce pays pour une action relative à une éventuelle mise sous séquestre des biens du débiteur. Malgré les mérites reconnus de la proposition suisse, M. Hoscheit considère qu'elle repose sur une conception trop restrictive du problème: une révision lui paraît encore souhaitable afin de ne pas se limiter à l'action au fond, puisque des mesures provisoires ou conservatoires doivent parfois être prises en dehors de ce cadre.

Mr Dogauchi (Japan) noted that a simple deletion of Article 13 of the preliminary draft Convention would not be sufficient. He indicated that the prohibited grounds in Article 18(2) *a)* and *i)* of the preliminary draft Convention could conversely serve as a basis for jurisdiction with respect to certain kinds of provisional and protective measures. For this reason, reference to interim measures should be made within Article 18.

Mr Poon (China) noted that the problems arising from the case *Mercedes Benz AG v. Leiduck* [1996] AC 284 also involved a policy issue, for which he had not detected any consensus yet. It was not agreed upon that courts should be allowed to impose provisional and protective measures on a defendant in support of a foreign proceeding on the merits. He pointed out that one should also focus on the interests of the defendant. The defendant would have to rely on the ruling of a foreign court and it could prove unfair to him, if his assets were frozen in his own State supporting the proceedings of the foreign court. Mr Poon requested the delegates to consider carefully any provision that compelled a State to introduce a statute that overruled the "Leiduck" rule.

Mr Möller (Finland) revised his earlier statement and gave his support to a provision such as paragraph 2 of the proposal in Working Document No 70 that could help overrule the "Leiduck" rule. However, he would not insist on inserting such a rule if it prevented some States from signing the Convention.

On the other hand, he was still convinced that establishing "white list" jurisdiction for provisional and protective measures would create many practical difficulties, even if a rule were as limited as paragraph 1 of the Swiss proposal. He indicated, however, that one could perhaps discuss a further limitation to the important notion of freezing orders. He stated that he did not have any objections to paragraph 2 of the Swiss proposal in principle, but felt that it should be amended in such a way as to make clear that the provision excluded interim payments.

M. Voulgaris (Grèce) soutient l'inclusion de dispositions relatives aux mesures provisoires ou conservatoires. Il approuve surtout le paragraphe premier de l'article 13, tel que formulé dans le Document de travail No 70, préparé par la Suisse. Il insiste sur l'importance de garder la compétence des tribunaux appelés à juger au fond, en relevant que l'objectif principal ne doit pas être de chercher à faciliter l'exécution des décisions, mais de s'assurer que les juges saisis peuvent statuer. Selon lui, il convient avant tout d'œuvrer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. En ce sens, il observe que les mesures provisoires et conservatoires ont souvent pour finalité de préserver les moyens de preuve en empêchant la disparition de ceux-ci, qu'il s'agisse de procès-verbaux de l'assemblée générale d'une personne morale, comme l'a suggéré l'exemple donné par le Délégué

Procès-verbal/Minutes No 15

du Luxembourg, ou de biens successoraux d'une nature mobilière, ou encore de comptes bancaires.

Ms Wellbery (Commercial Internet Exchange) drew the attention to the impact of provisional measures on ISPs. Injunctive measures especially could create severe problems. She explained that it was technologically difficult to limit the execution of an injunction to only one country. Consequently, a national court could block activities of a company throughout the whole world. This would aggravate the problem of forum shopping which Article 10 of the preliminary draft Convention already raised.

Mme Bourgeois (France) rejoint la proposition faite par la délégation de la Suisse. Elle juge utile de maintenir de telles règles car il lui semble bon de conserver les garde-fous qui figurent dans l'avant-projet de Convention. Elle réitère par ailleurs le souhait formulé par la délégation de l'Allemagne quant à l'usage de la conjonction de coordination «et», par opposition à «ou», entre les adjectifs «provisoires» et «conservatoires». En revanche, elle désapprouve la suggestion faite par le Délégué du Luxembourg, qui conduirait à gommer la différence faite selon que l'instance au fond est engagée ou ne l'est pas.

Mme Vidal Lopes (Portugal) se prononce en faveur de l'intégration, dans la future Convention, de dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires.

Mrs Bariatti (Italy) agreed in principle with the proposal in Working Document No 70. She noted that it would be easier if a provisional or protective measure were ordered by the State in which protection was requested, even if the courts of that State had no jurisdiction on the merits. For this reason, it was important that the Convention ensure such a possibility.

In response to the proposal made by Mr Kovar (United States of America), Mrs Bariatti noted that a restriction to freezing orders would not meet the interests that arose within intellectual property issues, where infringements needed to be stopped by interim protection.

The Chair suggested, since no consensus could be established, that a new working group consisting of Ms Schulz (Germany), Mr Goddard (New Zealand), Mr Mc Ginness (Australia), Mr Struycken (Netherlands) and Mr Musger (Austria), together with delegates from Switzerland, Japan and the United States of America, should elaborate a provision that could be agreed upon, or at least options that could be placed in square brackets, before the next afternoon.

M. Bucher (Suisse) fait d'abord observer qu'il s'agit là du quatrième groupe de travail auquel il lui est demandé de participer. Il considère ensuite que le défaut de francophones parmi la liste de membres précitée pose un réel problème, et plus particulièrement dans le domaine des mesures provisoires et conservatoires car la question suppose d'examiner les notions de «*provisional*» et «*protective measures*» et de «mesures provisoires ou conservatoires», qui ne sont pas synonymes en tous points.

S'ensuit une brève discussion entre le Président d'une part, la Déléguée de la France et le Délégué du Luxembourg d'autre part, afin de déterminer si l'un d'entre eux pourrait participer au groupe de travail.

The Chair said that the working group, apart from the proposals set forth in Working Document No 70 and in Annex V of Preliminary Document No 15, would further have to take into account that there were proposals to exclude provisional and protective measures from the scope and that possibly an exclusion should be made within Article 18 of the preliminary draft Convention. He also mentioned the proposal that jurisdiction to order interim measures should be limited to certain matters.

Mr Beaumont (United Kingdom) noted, as a point of order, that his delegation would issue a Working Document concerning the removal of provisional and protective measures from the scope of the Convention.

M. Bucher (Suisse) indique que la délégation de la Suisse entend proposer que les dispositions relatives aux mesures provisoires ou conservatoires figurent dans un chapitre à part, ce qui éviterait les problèmes liés à l'article 18.

The Chair proposed to the delegation of the United Kingdom that they participate in the working group or issue a Working Document.

He then made reference to three further Working Documents that had not yet been discussed: Working Document No 71 prepared by the Informal Working Group on Article 25, Working Document No 64 from the Informal Working Group on Article 34 and Working Document No 67 from the Informal Working Group on Article 33. He proposed that the text drafted in these documents should be placed in square brackets for the time being in order to have a complete text on the coming Monday.

Mr Philip (Denmark) reminded the Chair of Working Document No 57 prepared by the Informal Working Group on Article 5.

The Chair noted that the meeting would be dealing with Article 5 the next day.

Mr Shimizu (Japan) reminded the Chair that his delegation had submitted Working Document No 39 and that it had not yet been discussed.

The Chair noted that the text of that document would be placed in square brackets.

M. Bucher (Suisse) suggère d'ajouter la proposition faite par le Groupe de travail sur l'arbitrage (Doc. trav. No 52), qui vise à retirer du champ d'application de la Convention «l'arbitrage [et les] procédures y afférentes», ainsi que le problème de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu en violation d'une convention d'arbitrage. M. Bucher estime en effet qu'il existe un large consensus sur cette question.

The General Secretary welcomed the Delegate of Brazil that had recently become a full Member State of the Conference.

The meeting was closed at 4.20 p.m.

Procès-verbal No 16

Minutes No 16

Séance du vendredi 15 juin 2001 (matin)

Meeting of Friday 15 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.40 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair invited Mr Nygh (co-Reporter) to outline those areas where work remained to be done.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that discussion had been concluded on all the key recognition and enforcement issues, either directly or indirectly, following the discussion that had taken place on provisional and protective measures. He stated that it was for the Permanent Bureau to incorporate the results into the provisional Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II.

Mr Nygh noted that there were several jurisdiction issues which required further attention, since at present only Articles 3 and 9 were in a state allowing to proceed further. He reminded the meeting that discussion had commenced on Article 4 and some issues had been raised. However, he was not sure if a working group had met to discuss this provision, particularly as to standard validity and its relationship with lawfulness. He noted that there did not appear to be any new Working Documents.

Mr Nygh indicated that work had taken place on Article 5 and an Informal Working Group had come up with Working Document No 57. He further noted that this indirectly affected Article 4. He also reported that Articles 6, 7 and 8, along with the activity basis of jurisdiction, had been discussed, but he was not sure if the time was ripe for further consideration of these issues. He added that there had been no discussion on Article 10, while there was not much to say on Article 11. Article 12 had been considered briefly and there were some proposals on the table, notably from Switzerland and France.

The Chair invited the meeting to turn to the proposal of the Informal Working Group on Article 5, Working Document No 57.

Mr Philip (Denmark) explained that the proposal had been formulated a week ago following the discussion on the revision of Article 5. The Working Group had then taken up the proposal of the delegation of the United Kingdom in Working Document No 23 to move the provision to the recognition and enforcement Chapter. He noted that the central figures in the Working Group were Ms Schulz (Germany), Mr Musger (Austria) and Mr Goddard (New Zealand).

Mr Philip stated that the idea in Article 27A was that in cases of appearance without protest, and if certain conditions were satisfied before the court of origin, the defendant would be precluded from contesting the jurisdiction of the court of origin in subsequent recognition and enforcement proceedings. Mr Philip then went through each of the four conditions. He acknowledged that it might only be on rare occasions that such conditions would be met, but he stated that if they were present then the defendant could not protest against recognition and enforcement. He further drew attention to paragraph 2 whereby the Article would not apply if the courts of a Contracting State other than the State of the court of origin had exclusive jurisdiction under Article 12.

Mr Philip further explained that the Group proposed the addition of another paragraph to Article 4 to deal with the situation where a defendant had expressly accepted jurisdiction, even if no white or grey list bases of jurisdiction had been invoked. The group had considered that if there was acceptance in writing or evidence in writing, that court should have jurisdiction. Mr Philip noted that by saying "in writing" the Group had intended the same meaning as found in the current text of Article 4 about the form of a choice of court agreement. A footnote had been included about this, but it had been inadvertently deleted. Finally, Mr Philip noted that a version of the existing paragraph 2 of Article 5 would remain.

The Chair thanked the Working Group for the work it had carried out.

Mr Hartley (United Kingdom) stated that his delegation supported the new Article 27A. He explained that the original text of Article 5 was based on the Brussels Convention, which was a double convention with no grey area. In such an instrument, it made sense to have a provision such as Article 5. He noted that the Special Commission had simply included the same provision at an early stage and when negotiations moved to a mixed convention it had been overlooked that such a provision would no longer work. That was why the nature of the provision had to change; it was no longer giving jurisdiction, but establishing when a defendant could challenge jurisdiction.

Mr Hartley argued that Article 27A was valuable because if a plaintiff claimed jurisdiction on a white list ground and the defendant did not act, it would not be proper that the defendant should be able to raise the issue of jurisdiction for the first time at the recognition and enforcement stage. He acknowledged that this could lead to an automatic challenge to the white list basis of jurisdiction. However, he did not regard this as entirely negative since any ruling would involve issues of fact which would then bind the court addressed under Article 27(2).

Mr Hartley further noted that the drafting of Article 4 would have to correspond to the new wording of that provision. Finally, he questioned whether Article 5(2) should be retained or the issue left to national law.

Mr Bennett (Australia) stated that the proposal was a big improvement. His only concern was to the new form of Article 5. He suggested that it should either be deleted or amended so that the phrase "no later than at" be replaced by "at least until". He argued that there should be no interference with national laws which allowed a challenge to be made to jurisdiction at a later date. He noted that such flexibility already existed in certain legal systems.

Mr Möller (Finland) stated that he understood the point that the current Article 5 was not designed for a mixed convention. He held that the proposal was a satisfactory compromise. Referring to Article 27A, paragraph 1 *a)*, he informed the meeting that it was not the case in all legal systems that a plaintiff would argue about the basis of jurisdiction. In some States, this would only happen if jurisdiction were contested.

He further stated that the new draft of Article 5 could give rise to difficulties and he asked that the Convention not try to harmonise such rules in each State.

M. Bucher (Suisse) fait part de son opposition à l'adoption de l'article 5 tel que rédigé au Document de travail No 57 établi par le Groupe de travail informel sur l'article 5. En effet, pour lui, cette disposition, qui confère, dans sa rédaction issue de l'avant-projet de Convention, un chef de compétence directe, deviendrait une simple règle de procédure relative aux modalités de contestation de la compétence du tribunal saisi. Or, il serait, selon lui, inconcevable qu'une telle contestation soit impossible en appel, simplement du fait qu'elle n'aurait pas été exercée lors de la première instance. Pour lui, une telle disposition réalise une immixtion trop importante dans les règles de procédure des États contractants.

M. Bucher indique ensuite qu'il soutient l'ajout apporté par le Document de travail No 57 à l'article 4 de l'avant-projet de Convention. Il précise toutefois qu'il convient de coordonner la rédaction proposée avec celle retenue pour la nouvelle version du paragraphe 2 de cet article.

S'agissant de l'article 27A du Document de travail No 57, M. Bucher déclare que sans y être opposé il ne saurait y être favorable, et qu'il souhaiterait, par conséquent, que celui-ci soit mentionné pour l'instant entre crochets. En effet, ajoute-t-il, la lettre *c)* postule que le demandeur connaît le chef de compétence, gris ou blanc, en vertu duquel le tribunal statue. Or, en l'absence d'obligation imposée par l'article 27A au tribunal d'origine, un tel postulat ne saurait être admis. Il reconnaît toutefois que cette question pourra être réexaminée lorsque la structure de la Convention aura été définitivement arrêtée.

M. Hoscheit (Luxembourg) se déclare favorable à l'article 27A. Il considère toutefois que les hypothèses visées par le Document de travail No 57 ne sont pas exhaustives. Il déclare ensuite partager les griefs formulés par la délégation de la Suisse quant à la nouvelle rédaction de l'article 5 proposée au sein du Document de travail No 57. M. Hoscheit convient néanmoins qu'il paraît aujourd'hui difficile de revenir à la rédaction antérieure, en vertu de laquelle l'article 5 consacrait un chef de compétence direct. Pour lui, la suppression de cet article semble donc inévitable. S'agissant enfin de l'article 27A, il objecte que la rédaction proposée par le Document de travail n'est pas identique dans sa version anglaise et dans sa version française. En effet, aux termes de la rédaction anglaise, il est procédé à un test subjectif, qui tend à vérifier que l'argumentation du demandeur a bien porté sur la contestation de la compétence du tribunal saisi, tandis que ce test est objectif dans la rédaction française. Il estime que cette divergence devrait être clarifiée.

Ms Schulz (Germany) noted that the purpose of the new provision was different to that of the old Article 5. She stated that she agreed with the addition of sub-paragraph *d)* to Article 27A. She stated that the intention was not to create a white list ground of jurisdiction but to create a time limit to stop the defendant challenging the basis of jurisdiction. She suggested that the time element could be incorporated within Article 27A itself. She held that it would be unfair to a plaintiff if a case were subject to several re-hearings in the State of origin and the defendant said that the court lacked jurisdiction for the first time at the recognition and enforcement stage.

Mr Goddard (New Zealand) noted that he agreed with Mr Bucher that Article 27A would not apply where a plaintiff's claim was silent on jurisdiction. He accepted that the provision, which sought to simplify proof as to white list grounds of jurisdiction, might not apply often. He suggested that it would intrude on the procedural rules of States to compel a statement to be made as to which ground of jurisdiction was used in each case. Referring to Mr Hartley's comment, he questioned whether there would be an automatic challenge in every case. He suggested that the cost implications might rule this out. Finally, he proposed that since the arguments as to the revised Article 5 were finely balanced, it should be put in square brackets to allow the discussion to move on.

Mr Morgan (Ireland) voiced his support for the proposal. He asked what would happen if a claim as to jurisdiction was advanced in the pleadings but was not dealt with by the court. He questioned whether the phrase "at the hearing before the court" should be added.

Mr Boggiano (Argentina) stated that he agreed in substance with the suggestion of the Delegate of Germany to deal with the issue of time in Article 27A.

Mr von Mehren (United States of America) acknowledged that the new Article 27A was a solution to the problem. However, he questioned whether it would not be simpler and almost as effective to say that, unless the Convention jurisdictional basis was established in the court of origin, there would be no recognition and enforcement. If the defendant accepted that there was a jurisdictional basis, the merits would be litigated; if the defendant objected there would be a determination of jurisdiction. Mr von Mehren suggested that this would accomplish in large measure what was achieved in Working Document No 57, but in a more comprehensible way.

Mr Kovar (United States of America) stated that with regard to the amendment to Article 4, he only wished to see included agreements in writing, or by any other means of communication which rendered information accessible, so as to be usable for subsequent reference. He noted that it would be preferable to include a definition section in the Convention which would deal, *inter alia*, with terms such as "in writing". He further noted that Article 5 was of great importance in making it clear that there was a right to contest jurisdiction. He agreed with Mr Bennett (Australia) that if there was ambiguity in the phrase "no later than at", it should be changed to "at least until". He suggested that the latter version be retained in square brackets.

Mr Musger (Austria) noted that the remaining part of Article 5 was rather ambiguous. He stated that, depending on how it was interpreted, it could cause interference with national procedural laws. He noted the comment of Ms Schulz (Germany) but suggested that the time issue could be viewed as already being dealt with in Article 27A(1) *d)*, *i.e.*, that the defendant has to contest jurisdiction before proceeding on the merits. He agreed with Mr Kovar that the Convention should provide for a right to contest jurisdiction as long as the case had not proceeded on the merits. Mr Musger also noted that the Australian proposal could be a good solution.

Mr Musger further noted that in the old Article 5 it was possible to "whitewash" black list bases of jurisdiction if a defendant made an appearance; now, however, there was no such possibility under the Convention. He suggested that it was now left to national law to decide whether appearance could lead to grey area jurisdiction.

Mme Bourgeois (France) remarque que la réserve des compétences exclusives figurant à l'article 5 de l'avant-projet de Convention n'est pas reprise par le paragraphe 2A de l'article 4 du Document de travail No 57. Ainsi, poursuit-elle, si ce Document de travail devait être adopté en l'état, les compétences exclusives ne seraient réservées qu'au sein

du paragraphe 3 de l'article 4 de l'avant-projet relatif aux clauses d'élection de for. Elle considère que ce point requiert donc quelques précisions.

Mr Philip (Denmark) replied to some of the comments that had been made. In response to the Delegate of France, he noted that her point was already covered in Article 4. He noted that a variety of views existed as to the amended Article 5: Switzerland was opposed to it, Germany wished to see it moved, while Austria considered that the issue was already covered in Article 27A(1) *d)*. He suggested that the proposal be kept in square brackets, along with the Australian proposal.

He acknowledged that there was a difference between the French and English versions in the drafting of sub-paragraph *b)*. He stated that the French had to be changed to mirror the English. As to the Irish question, he stated that the claim as to jurisdiction had to be more than just a passing comment. Mr Philip further noted that Mr von Mehren's comment was dealt with in the long discussion that had taken place last week. Finally, he explained that Mr Kovar's understanding was the same as that of the Group and that the issue had been covered in the now absent footnote.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il souhaite régler le différend qui a pu sembler opposer les délégations de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Suisse. Il exprime son accord avec les observations formulées par les Délégués de l'Allemagne et de l'Autriche. Ainsi, il admet que les dispositions contenues dans l'article 5 du Document de travail pourraient figurer dans la lettre *d)* du paragraphe premier de l'article 27A. Il indique enfin que le problème relatif à la lettre *a)* du paragraphe premier de l'article 27A lui semble pouvoir être résolu aisément.

The Chair thanked Mr Bucher for his clarification. He suggested that square brackets be placed around Article 27A and that Article 5 be left with square brackets around the Australian suggestion.

M. Bucher (Suisse) fait part de son opposition à la totalité de l'article 5 du Document de travail No 57. Il indique que si celui-ci devait être conservé, il devrait, par conséquent, figurer entre crochets.

The Chair stated that Mr Bucher's position was understood. He noted that with regard to Article 4, the definition of "writing" should be footnoted. He then invited the meeting to deal with trusts and Working Documents No 79 (Australia, Canada, Ireland, New Zealand, the United Kingdom and the United States of America), and No 81 (Switzerland).

Mr Brand (United States of America) noted that Working Document No 79 had a limited purpose. He drew attention to the Report of the preliminary draft Convention which explained that Article 11 would normally lead to jurisdiction being given to the same place as in Article 3, *i.e.*, the habitual residence of the defendant, since the trustee will most often be the defendant.

Mr Brand stated that the changes in paragraph 1 were meant to conform to the discussion that had taken place on Article 4. This was also the case with regard to the final sentence. He stated that issues of validity would be treated in the same way in trust instruments as in choice of forum clauses in contracts. Sub-paragraph *d)* was added to Article 11(2) to give substance to Article 11, so that it would go beyond an Article 3 result. He accepted that this would represent a very narrow set of cases, but it was a protective type of jurisdiction as in Articles 7 and 8, where trusts were set up for certain natural persons and it was alleged that the trustee had frustrated the trust. The action should then be brought in the State where the settlor and living beneficiaries were habitually resident, if they were all habitually resident in the same State. He noted that this could be the result under sub-paragraph *c)*, but sub-paragraph *d)* provided additional clarification. Finally, he stated that paragraph 3 provided clarification that the Article would only apply to actions between the parties to the trust and ruled out the possibility of parties with only an indirect interest in the trust taking advantage of the provision.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il abordera simultanément les Documents de travail No 79 et No 81 relatifs aux dispositions applicables au trust. D'abord, il approuve la modification rédactionnelle apportée à la première phrase du paragraphe premier de l'article 11 par le Document de travail No 79 car elle résout la divergence terminologique avec l'article 4 de l'avant-projet de Convention. En revanche, le renvoi, fait dans la deuxième phrase, à la loi applicable au trust afin de déterminer la validité d'une clause d'élection de for, lui paraît regrettable. Il indique, en effet, qu'une telle disposition remettrait en cause un principe désormais fermement établi en droit international privé, à savoir l'indépendance des clauses compromissoires et des clauses d'élection de for par rapport au contrat principal. La prévisibilité des solutions en serait, en outre, considérablement affectée car il est souvent délicat de déterminer la loi qui régit le trust en vertu de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. En effet, à défaut de choix, la loi applicable est celle qui présente les liens les plus étroits avec le trust.

M. Bucher indique ensuite que l'adjonction, par le Document de travail No 81, d'un certain nombre de critères de localisation à la lettre *c)* du paragraphe 2 de l'article 11 tend à rendre plus aisée la détermination du tribunal présentant les liens les plus étroits avec le trust. S'agissant de l'ajout par le Document de travail No 79 d'une lettre *d)* au paragraphe 2, il estime qu'il s'agit d'une simple mise en œuvre du principe posé à la lettre *c)* du même paragraphe.

Enfin, il s'interroge sur la pertinence d'une réduction du champ d'application de l'article 11 aux seuls *trustees*, constituants et bénéficiaires du trust, proposée par le Document de travail No 79. Cette question relève, selon lui, des règles de procédure des États contractants. Il propose, par conséquent, que cette disposition ne soit pas retenue.

The Chair asked if there were any objections to the inclusion of the first words in paragraph 1. He noted that there was agreement on this issue. He then asked for views on the new final sentence to paragraph 1.

Mr Brand (United States of America) stated that it was important to note that contract and trust law were not the same. Here, one was dealing with fraud in the creation of trust instruments. He argued that without the sentence there would be a very absolute rule that would allow a party to commit fraud in the creation of a trust. He stated that it was appropriate to allow the issue of validity to be governed by the applicable law.

Mr Goddard (New Zealand) stated that one must not confuse the validity of the designation of a choice of court in a trust instrument with a contractual choice of forum clause. He noted that the validity of the designation of the forum was important where in the original trust instrument steps were taken to deliberately give jurisdiction to an inaccessible forum. He further noted that trustees often had the power to unilaterally vary trusts after the event. He stated that one would not want the situation where the trustee left with the

Procès-verbal/Minutes No 16

funds and was then able to execute a deed to designate a far-off jurisdiction. He explained that such a designation would be flawed by fraud, but of course reference would have to be made to national law.

M. Bucher (Suisse) approuve les observations faites par l'Observateur de la Nouvelle-Zélande. Toutefois, indique-t-il, celles-ci n'apportent aucune réponse aux griefs formulés par le Délégué de la Suisse. En effet, selon lui, la soumission des clauses d'élection de for à la loi applicable au trust ne saurait empêcher d'éventuels abus, notamment parce que cette loi dépend elle aussi de la volonté des parties. Une telle disposition pourrait, en revanche, remettre en cause l'utilité de l'article 11 dans son ensemble. Il ajoute ensuite que le problème des clauses d'élection de for abusives n'est d'ailleurs pas propre à l'article 11, mais qu'il n'a pas été résolu non plus dans le cadre de l'article 4 de l'avant-projet de Convention. Il indique enfin que le problème soulevé ne saurait être nié, mais que la solution proposée n'est pas satisfaisante.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that he thought there had been agreement that, whether in the text or not, substantive validity should be left to national law. He noted that this provision merely inserted this in the text in black and white. He stated that it was not possible to create an autonomous definition, rather reference had to be made to national law.

Turning to the Swiss proposal in Working Document No 81, Mr Beaumont stated that while he had no objection to the non-exhaustive definition, he wondered why it departed from Article 7 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*. He noted that the reference to the place where the trust is administered seemed strange given the mention of it already in sub-paragraph *a)*. He further noted that Article 7 did not refer to "habitual" residence, and that it referred to the "object" and not the "purpose" of the trust. Finally, he asked why no reference was made to the situs of the assets of the trust.

The Chair asked the meeting to continue with paragraph 1.

Mr Nygh (co-Reporter) stated that in Article 4 it was clear that the reference to national law meant the law of the forum seised, including its choice of law rules. Of course, for States Parties to the 1985 Trusts Convention, it would govern the validity of the trusts.

Mr Brand (United States of America) agreed that it was important to understand that the last sentence would not automatically lead to the law designated in a choice of law clause in a trust. Moreover, he added that validity could involve the validity of the choice of law clause itself.

Mr Dogauchi (Japan) drew attention to the effect of Article 9 of the 1985 Trusts Convention which would allow for a severable aspect of a trust to be governed by a different law. He noted that each governing law could be designated in relation to each asset located in different countries, individually. He stated that, although it might be possible to consider that the validity of designation of the competent court with respect to each asset was to be governed by different laws, it seemed unreasonable to prohibit the party from having the validity of such designation governed by a single law. He stated that the last sentence of paragraph 1 in the joint proposal (Work. Doc. No 79) could therefore in some instances give rise to difficulties, and for that reason he supported the view of Mr Bucher (Switzerland).

The Chair stated that the last sentence could be placed in square brackets along with the word "valid" in paragraph 2. He then invited the meeting to turn to Working Document No 81 and the addition of words to paragraph 2 *c)* of Article 11.

M. Bucher (Suisse) approuve la proposition formulée par la délégation du Royaume Uni tendant à compléter les critères mentionnés à la lettre *c)* du paragraphe 2 de l'article 11 contenu dans le Document de travail No 81 par référence à ceux visés par la Convention Trust de 1985.

The Chair asked whether there was agreement on that point.

Mr Brand (United States of America) stated that he agreed, but noted that it was crucial to remember that this issue related to jurisdiction and not choice of law.

Mr Morgan (Ireland) questioned whether, since these were options for the beneficiary, the word "or" should be inserted.

The Chair invited the meeting to move to Working Document No 79, and paragraph 2 *d)*. He noted that there were no objections and turned to paragraph 3 of the same proposal.

M. Bucher (Suisse) regrette le manque de considération manifesté par la délégation des États-Unis d'Amérique à l'égard des objections formulées par la délégation de la Suisse. Il indique ensuite qu'il considère que la disposition contenue dans le paragraphe 3 du Document de travail No 79 restreint inutilement le champ d'application de l'article 11.

The Chair stated that paragraph 3 could be placed in square brackets. He then invited the meeting to return to Article 18 and the prohibited bases of jurisdiction. He noted that on the previous occasion the provision had been considered the discussion had ended at sub-paragraph *e)*.

Mr Kovar (United States of America) requested the co-Reporters to remind the meeting of all the relevant Working Documents on Article 18.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the key proposals touching on areas that remained to be studied were Working Documents Nos 10 (Japan), 29 (Republic of Korea) and 33 (United States of America). He also drew attention to the other Working Documents that had dealt with Article 18: Working Documents Nos 14 (Belarus), 30 (France), 34 (CIX) and 50 (IADL).

The Chair suggested that the Korean proposal be considered first.

Mr Liew (Republic of Korea) noted that the current draft did not take account of the fact that there might be a substantial relationship between the State and the defendant. He stated that this would be of importance to those States where personal jurisdiction referred only to the connection between the court and the defendant. Secondly, he added that each item in paragraph 2 related to general jurisdiction and not to specific jurisdiction.

The Chair stated that all the words in paragraph 1 would be placed in square brackets and that the co-Reporters could deal with the Korean proposal either in a footnote or with additional brackets.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that he was agreeable to this. He noted that the addition to paragraph 2 *e)* sought to clarify the relationship with Article 9. He explained that in some States a provision to establish white list jurisdiction existed on the basis of the presence of a branch. He noted that sometimes this was deemed to be different to a "doing business" base of jurisdiction. However, in the experience of his delegation, the two sometimes overlapped. The proposal

would make it clear that where the two did overlap, and where the ground was based on the existence of a branch, it could no longer be invoked as a white list basis of jurisdiction.

The Chair suggested that the co-Reporters could deal with this issue in a footnote.

Mr Liew (Republic of Korea) stated that he was agreeable to this.

Mr Kovar (United States of America) stated that, as he understood the 1999 draft, general jurisdiction over a branch was in the grey area. He disagreed with the comments of Mr Nygh that the text should be read so as to put general jurisdiction over a branch in Article 18. He further added that general jurisdiction over a defendant at his place of habitual residence meant there was not necessarily a connection between the forum and the dispute. For this reason, people in the United States sometimes asked if Article 18 was a restriction on Article 3.

Mr Wagner (Germany) noted that he had understood the 1999 text in a different way. For him, it was a broad concept including everything like branches. He stated that this was of such importance that the Korean proposal should not be hidden in a footnote.

The Chair stated that it could be placed in square brackets.

Mr Nygh (co-Reporter) agreed that there was an important issue at stake. He noted the Report stated that Article 18 had a restrictive impact, so that jurisdiction over the existence of a branch would not be excluded under the Convention as it stood. He stated that he would flag these issues.

The Chair invited the meeting to turn to sub-paragraph *g)*.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation was unable to work out what this exclusion sought to cover in practice. He noted that such a ground possibly existed in German law. However, he stated that under the law of contract there were situations where assent to a contract could be formed so that the paper of the contract had only to come from the plaintiff. Under such circumstances, it could be construed as a unilateral designation by the plaintiff, and consequently, there could be litigation on the point. In the light of this drawback, and since his delegation could not think of a positive reason for including the ground, he moved that it should be deleted.

Mr Siqueiros (Mexico) argued that the black list grounds of jurisdiction went to the core of the Convention. Where the two contracting parties did not have the same power of bargaining, it was logical that the more powerful party might try to impose the choice of jurisdiction. He stated, on behalf of all Third World States, that the black list grounds of jurisdiction should remain as they were.

M. Bucher (Suisse) rejette l'objection formulée par la délégation des États-Unis d'Amérique. Il considère, en effet, que les dispositions de l'article 18 de l'avant-projet de Convention n'ont pas uniquement vocation à exclure les fors exorbitants dont l'existence est connue, mais également à empêcher que, si de tels fors venaient à apparaître, ceux-ci puissent s'appliquer. Ainsi, bien qu'aucune disposition nationale permettant au demandeur de désigner unilatéralement le tribunal compétent ne soit connue pour l'heure, la lettre *g)* de l'article 18(2) n'est pas dénuée d'utilité. Toutefois, si la solution proposée par la délégation des États-Unis d'Amérique lui paraît inadaptée, M. Bucher admet néanmoins, qu'en vertu de certains usages, une élection de for peut parfois résulter d'une déclaration unilatérale. Selon lui, la solution à ce problème pourrait résider dans le maintien de la mention «*solely*» («uniquement») figurant dans le chapeau du paragraphe 2 de l'article 18 et qu'il est proposé de supprimer également dans le Document de travail No 33. En effet, la désignation unilatérale du tribunal compétent par l'une des parties, en vertu d'un usage, devra généralement être confirmée par l'autre partie.

Mr Wagner (Germany) explained that the background of the jurisdictional rule did not lie in German law. He noted that a similar rule was found in Article 4 *f)* of the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. He argued that it should be retained in the current instrument. He noted that the preliminary draft Convention contained choice of court clauses where both parties could consent. He stated that if there was a unilateral attempt to fix jurisdiction, it should not be allowed to be a basis for jurisdiction.

M. Tell (Commission européenne) indique, au regard des propositions contenues dans le Document de travail No 33, que le critère de la résidence habituelle du défendeur est aujourd'hui admis de manière universelle et ceci même lorsque ce for ne présente pas de lien avec le fond du litige. En revanche, ajoute-t-il, lorsque la résidence habituelle du défendeur n'est pas située sur le territoire d'un État contractant, les tribunaux de celui-ci ne sauraient, selon lui, se reconnaître compétents en l'absence de lien avec le litige. Il explique, ensuite, que les craintes formulées par la délégation des États-Unis d'Amérique quant à l'articulation de l'article 4 avec l'article 18(2) *g)* ne lui semblent pas fondées. Il explique que le Rapport de MM. Nygh et Pocar clarifie cette question.

Mr Boggiano (Argentina) stated that where both parties to a contract engaged one could not have a unilateral imposition. He suggested that greater clarity could be added by making a reference in sub-paragraph *g)* to Article 4(2) *c)* and *d)*.

Mr Möller (Finland) agreed with Mr Wagner that the background of the jurisdictional rule did not lie in German law. He noted that a similar rule was found not only in Article 4 *f)* of the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, but also in the 1977 Nordic Convention. He stated that the situation might be different now given the relaxation on writing requirements in jurisdiction clauses. He noted that there might be a practice to accept jurisdiction clauses even where there was no objection. He suggested that if the exception were retained, account should be taken of this problem. Mr Möller noted that he had no firm view on whether to keep the ground or not.

Mr Kovar (United States of America) stated that, having heard the different arguments, he still considered that the ground should be deleted. He asked that the proposal be placed in square brackets for the present time.

The Chair agreed that to allow progress to be made the proposal should be placed in square brackets. He invited the meeting to turn to sub-paragraph *h)*.

M. Bucher (Suisse) indique qu'une note de bas de page lui paraît préférable aux crochets car, si l'article 18(2) *g)* venait à disparaître, la Convention elle-même n'aurait plus guère de sens. Il serait, en effet, loisible au demandeur de choisir le tribunal qui lui convient le mieux, au mépris de toutes les dispositions de la Convention. M. Bucher considère, par conséquent, que si certaines délégations défendent des positions aussi radicales, cela doit être mentionné uniquement en note de bas de page. Il estime ensuite que le problème soulevé

Procès-verbal/Minutes No 16

par M. Kovar est en réalité beaucoup plus nuancé. Il est vrai, ajoute-t-il, que la désignation du tribunal compétent peut parfois être proposée unilatéralement par une partie et ne faire l'objet que d'une acceptation par l'autre partie, comme c'est le cas par exemple en Allemagne. Ainsi, l'article 4 peut parfois paraître trop restrictif. Toutefois, cela ne saurait justifier, selon lui, que la Convention offre au demandeur la faculté de saisir n'importe quel tribunal.

Mr Boggiano (Argentina) noted that contracts arising out of the new technologies might impose a new approach on this. He stated that he was not prepared to accept that the whole issue related to implied agreements. He added that unilateral designation was not even suggested or foreseen here.

Mme Bourgeois (France) indique qu'elle est opposée à la suppression de l'article 18(2) *g)*. Elle ajoute qu'elle craint que la controverse ne résulte d'une confusion entre, d'une part, le problème de la validité au fond de la Convention d'élection de for, laquelle requiert toujours un accord entre les parties même si elle peut être tacite, et d'autre part, la preuve de cet accord, qui peut quant à elle résulter d'un document unique tel qu'un récépissé par exemple.

Mr Kovar (United States of America) stated that it was hard to understand how a plaintiff could designate a forum if such a power was not provided for under a national law. He asked for an example of a State where jurisdiction was provided on the basis of the unilateral decision of a plaintiff. He stated that the provision would lead to significant litigation in situations over the creation of contracts where there was a forum selection clause.

M. Voulgaris (Grèce) exprime son opposition à la suppression de l'article 18(2) *g)*. Il ajoute qu'il est favorable à ce qu'une précision figure au Rapport de MM. Nygh et Pocar afin d'affirmer clairement la validité d'une clause d'élection de for, même lorsqu'elle n'a été acceptée que de manière tacite. Il explique, par ailleurs, que la possibilité de choisir le tribunal compétent ne peut selon lui résulter que d'une clause d'élection de for, laquelle doit nécessairement être bilatérale.

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that the debate was going nowhere and asked that the proposal be put in square brackets.

Mr Nygh (co-Reporter) stated that, in the absence of consensus, he would put the proposal in square brackets and summarise the arguments for and against.

The Chair invited the meeting to turn to sub-paragraph *h)*.

Mr Kovar (United States of America) explained that the United States proposal should be taken at face value, since it was merely an attempt to improve the drafting.

M. Bucher (Suisse) demande au Délégué des États-Unis d'Amérique de lire à haute voix la disposition mentionnée à la lettre *h)* du paragraphe 2 de l'article 18 car celle-ci ne figure pas en français dans le Document de travail No 33.

Mr Kovar (United States of America) read the text to allow it to be translated. He reiterated that he wished for clearer drafting without affecting the substance.

Mr Wagner (Germany) requested the Reporter to explain the essence of the existing text.

Mr Nygh (co-Reporter) stated that the original version arose out of a discussion at the Special Commission. It was essential because some experts considered that, under certain circumstances, it might be possible at the time of enforcement proceedings to raise issues as to the substance of the litigation, or to make a counter-claim. Sub-paragraph *h)* had been added to ensure that this could not happen.

Mr Musger (Austria) submitted that there was a substantive difference between the two versions. He noted that the original version contained the important phrase "except where the dispute is directly related to such proceedings". This covered situations where in enforcement proceedings assets of a third party were seised. The third party might then bring an action against the judgment creditor in respect of the assets. Mr Musger argued that this must be permitted, even if there were no other connecting factors. He stated that this was a matter of substance.

Mr Kovar (United States of America) accepted that this was a valid concern. He reiterated that his intention had merely been to show that the existing drafting was opaque.

The Chair suggested that consideration should move to sub-paragraphs *i)* and *j)*. He noted that the United States of America proposed the deletion of both.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation was not aware of any State which allowed such grounds. He noted that "tag" jurisdiction was already prohibited under sub-paragraph *f)*. He argued that putting the undefined concept of temporary residence among the black list grounds, when the undefined concept of habitual residence was on the white list grounds of jurisdiction, could give rise to problems. Referring to the evolution of habitual residence in different legal contexts, he asked where the dividing line was between the two concepts. He noted that sub-paragraph *i)* could become a litigation magnet.

Mr Wagner (Germany) noted that Article 18(2) had two aims, the first to exclude certain existing grounds of jurisdiction in national laws, and the second to safeguard against any new exorbitant grounds. He stated that the fact a ground did not yet exist was not a reason for amending Article 18. He added that a problem could arise if habitual residence were replaced by principal place of residence and that this was possibly a weakness in the latter concept. He further stated that it was difficult to draw a line between habitual and temporary residence.

Mr Philip (Denmark) noted that the Brussels Convention excluded both temporary residence or presence of the defendant. He continued that, while he was in favour of excluding presence from the new Convention, he was less sure about temporary residence. He explained that if a person had no habitual residence anywhere and was resident in Denmark, he would still be subject to Danish jurisdiction.

M. Bucher (Suisse) indique qu'il partage entièrement les remarques faites par le Délégué du Danemark. Il précise ensuite que l'absence de résidence habituelle soulève également un problème de coordination avec l'article 3. Cette question, conclut-il, pourra toutefois être résolue lorsque la définition de la résidence habituelle sera à nouveau discutée.

Mr Beaumont (United Kingdom) added that in Scotland there was a jurisdiction rule to deal with people who had no fixed residence. He accepted that itinerants should be covered in the present instrument so they could indeed be sued somewhere. He noted that residence was the fall-back ground in Working Document No 13.

Mr Thue (Norway) agreed that it was not possible to draw a line between the concepts of habitual residence and temporary residence, especially for jurisdiction purposes.

Mr Dogauchi (Japan) stated that a crucial issue in deciding on sub-paragraphs *i)* and *j)* depended on whether one maintained the phrase "of one or more" in the chapeau of Article 18(2). He stated that his delegation supported the retention of these words.

Mr Siqueiros (Mexico) stated that if sub-paragraphs *i)* and *j)* did not hurt, they should be retained. He suggested that they would also increase clarity and facilitate future accessions.

Mr Kovar (United States of America) replied that the meeting had heard that these provisions would hurt, namely in the lack of clarity between the white list grounds of jurisdiction and black list grounds of jurisdiction. He stated that the dividing line between the two would be the subject of extensive litigation. Furthermore, he gave an example that, in the context of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, it could arise that a parent and child were resident in a State for 15 months but were not habitually resident there. However, he stated that while this might be reasonable in a child abduction context, it would not be reasonable for the parent to try to defeat jurisdiction for the purpose of civil and commercial matters.

The Chair suggested that the proposal be placed in square brackets.

Mr Musger (Austria) stated that he could agree to this. He noted that the inclusion of presence or temporary residence in the black list did not in fact give rise to difficulty in the sense of the remarks of Mr Philip (Denmark), since Article 18 only applied where a defendant was habitually resident in a Contracting State.

Mr van der Velden (Netherlands) questioned what the actual meaning of "temporary" was. He noted that in the Netherlands foreign students were given temporary residence, but this lasted for four years.

Ms Renfors (Sweden) agreed that there was certainly a problem with regard to Article 3. She suggested that it be considered by a working group, but she recommended that sub-paragraph *i)* not be deleted since it was important.

The Chair invited the meeting to consider sub-paragraph *j)*.

Mr Kovar (United States of America) suggested that the provision be placed in square brackets.

Ms Fassberg (Israel) noted that this ground of jurisdiction existed in her country.

M. Bucher (Suisse) déclare que le problème soulevé pourrait être aisément résolu en conservant la mention «*solely*» («uniquement»).

The Chair suggested that the provision be placed in square brackets.

Mr Dogauchi (Japan) stated that he would agree to the proposal in Working Document No 10 being placed in square brackets.

M. Bucher (Suisse) demande à ce qu'un membre de sa délégation puisse participer au Groupe de travail relatif aux mesures provisoires et conservatoires car la Suisse a formulé un certain nombre de propositions à ce sujet.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 17
Minutes No 17

Séance du vendredi 15 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Friday 15 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.25 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair said that the afternoon discussion would concern Articles 14, 15, 16 and 17. He hoped that the meeting would consider Working Document No 85 from the Working Group on Contract Jurisdiction even if discussion were not concluded. He also anticipated that the committee that discussed provisional and protective measures would soon have a Working Document ready for discussion. He said that beginning Monday morning, it was intended that the meeting deal with a package distributed by the Secretariat and co-Reporters, which would take account of all reports and documents assembled to date.

Mr Bennett (Australia) asked if the Australian bilateralisation proposal would be included in the package.

The Chair regretted that only documents already discussed would be included. He said that today's discussion would concern Articles 14, 15, 16 and 17, activity based jurisdiction, and provisional and protective measures. The discussion anticipated for Monday morning would address torts, consumers, and possibly an intellectual property report. On Monday afternoon, the meeting could continue with these topics if necessary. The Chair expressed his hope that the meeting would benefit from full and frank discussion of the work done to date as well as delegates' thoughts on how to proceed. He called on Mr Nygh (co-Reporter) to open the discussion of old Articles 14, 15, 16 and 17.

Mr Nygh (co-Reporter) said that Article 14 concerned multiple defendants and required careful drafting of the provision on the connection between a defendant and the State of litigation. He said there was a Swiss proposal to delete the Article.

M. Bucher (Suisse) introduit le Document de travail No 66 préparé par sa délégation. Cette proposition vise à la suppression de l'article 14 pour deux raisons. En premier lieu, M. Bucher observe que la condition posée à l'article 14(1) *b)* selon laquelle il doit exister « un lien substantiel entre [l]'État et le litige concernant [le] défendeur » est trop vague et pose des difficultés de compréhension. En second lieu, il estime qu'il est parfois excessif de retenir la compétence d'un tribunal à l'égard d'autres défendeurs avec lesquels il n'entretient pas de liens, ce qui a d'ailleurs été relevé dans les discussions sur la compétence en matière de propriété intellectuelle. Il juge donc préférable de renoncer à l'article 14 et de laisser au droit national le soin de réglementer la compétence en cas de pluralité de défendeurs. Le souci d'alléger le texte de la Convention est également la motivation avancée par

M. Bucher pour la suppression de l'article 16 proposée dans le Document de travail No 66.

The Chair noted that Mr Bucher proposed to delete Article 16 for the same reasons.

Mr Bennett (Australia) supported Working Document No 66. He went on to point out that Article 14 contained a serious anomaly. Namely, the preliminary draft Convention had no provision saying that a party could join another, related action against the same defendant. Mr Bennett noted that, if that party had closely related contract and tort claims against a single defendant and the court chosen had jurisdiction over one claim but not the other, that plaintiff could not proceed with both claims. If, however, there were two separate defendants, the plaintiff would have no such obstacle. Mr Bennett therefore supported the Swiss proposal to delete Article 14. He also supported the deletion of Article 16, which he felt opened the door to too many circumstances.

Mr Shimizu (Japan) supported the Swiss proposal to delete Articles 14 and 16, noting Working Documents No 9 and No 22 with regard to Article 16.

Mr Wagner (Germany) also supported the Swiss proposal. He was concerned about the danger of misuse and the lack of clarity of the Articles. He said there might be further problems if intellectual property should eventually be included in the scope of the Convention.

Mr von Mehren (United States of America) supported the deletion of Articles 14 and 16. He said the deletion had the additional advantage of removing constitutional issues for the United States of America, since the Articles were in conflict with notions of "due process".

The Chair observed consensus on the deletion of Articles 14 and 16.

Mr Nygh (co-Reporter) addressed Article 15, noting the proposal also in Working Document No 66 to add the words, "Subject to Article 12". He remarked that Article 12 itself had been discussed only to a limited degree. He asked if there would be consensus for the Swiss proposal to be placed in brackets.

M. Bucher (Suisse) remarque que la demande reconventionnelle formée par le défendeur ne doit pas permettre de fonder une exception aux règles de compétence exclusives de l'article 12. Il rappelle que cette lacune dans le texte de la Commission spéciale a déjà été soulignée à plusieurs reprises.

Mr Kovar (United States of America) said that soon a Working Document would be circulated that would deal with the issue of jurisdiction over counter-claims. He gave one example of a court of origin in which the initial claim was brought that did not have subject matter jurisdiction over the counter-claim according to national law. Mr Kovar said that the Convention should not override this situation. He said there should not be a jurisdictional problem since the plaintiff had obviously submitted to the jurisdiction of the court to which he had brought his claim. Secondly, Mr Kovar suggested that there was a gap in the current text, saying it was not clear to him whether Article 25 covered the enforcement of successful counter-claims. He said the meeting should flag the possibility that Article 25 needed additional language to clarify this issue.

The Chair asked if Mr Kovar would be amenable to footnoting his first proposal since it seemed to flag only a potential problem.

Mr Kovar (United States of America) replied that, since the subject matter jurisdiction question was a problem, he would like it to be addressed in the text. He had hoped that proposing language would help move the debate.

Mr Philip (Denmark) had no objection to putting Article 15 in square brackets but wanted to mention that it was still possible in Article 12 cases to have a counter-claim discussed in the same court. He gave the example of Article 12's coverage of tenancies, which would allow a tenant to raise a rent counter-claim in the same court as any initial landlord claim. He had no objection to the Swiss proposal.

The Chair said the present proposal was whether "Subject to Article 12" was to be considered placed in square brackets.

M. Bucher (Suisse) admet que les termes « Sous réserve de l'article 12 » peuvent figurer entre crochets tant que l'article 12 n'aura pas atteint sa forme définitive.

Mr Nygh (co-Reporter) opened the discussion on old Article 17, stating that the policy of the preliminary draft Convention was that it not prevent the application of jurisdiction rules under national law. He said the meeting should consider the introductory phrase, "Subject to Articles 4, 5, 7, 8, 12, and 13". The relationship of each of these Articles was to be considered. Mr Nygh suggested that the meeting agree to continue discussion of Article 17 later. He preferred, however, to place the Article in square brackets so as not give the impression that it had gone undiscussed.

Mr Beaumont (United Kingdom) said he was happy to square bracket the Article, but asked that Article 11(1) be added to the list.

The Chair asked the meeting to take a moment to read Working Document No 85 (Working Group on Contract Jurisdiction) while Working Document No 87 (United States of America) was being distributed throughout the room. He read the provisions of the United States proposal out loud so as to benefit from French translation.

Mr Nygh (co-Reporter) said that Article 15 was always understood to be included on the list of articles to be recognised or enforced in Article 25(1). He then asked whether the United States of America interpreted Article 15 as covering the issue of venue in addition to subject matter jurisdiction.

Mr Kovar (United States of America) conceded that venue was not raised by Article 15 and that it should not have appeared in the final draft of Working Document No 87. He suggested that an explanation be placed at the end of the Convention to say, "Jurisdiction is subject to internal allocation of jurisdiction under the law of the Contracting State."

M. Bucher (Suisse) juge que la proposition du Document de travail No 87 a une portée excessive en ce qu'elle permet au tribunal saisi de refuser de maintenir sa compétence pour statuer sur une demande reconventionnelle en application de son droit national. Il propose qu'une formulation plus restrictive soit adoptée et soumet les termes suivants : « le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée *sauf si le tribunal saisi n'a pas compétence à raison de la matière pour connaître de la demande reconventionnelle* ».

M. Tell (Commission européenne) fait part de son incompréhension sur le débat relatif à la compétence territoriale interne. Il lui semblait pourtant clair que les règles de compétence de

la future Convention devaient désigner l'ensemble des tribunaux d'un État contractant et non pas un tribunal en particulier.

Mr Kovar (United States of America) conceded that Mr Bucher's redrafting of the Article was superior to that of the United States of America. He said he would prefer to have the Swiss proposal placed in brackets instead.

M. Bucher (Suisse) répète en français, puis en anglais, la formulation qu'il a précédemment proposée pour encadrer la compétence du for saisi vis-à-vis de la demande reconventionnelle. Il ne juge pas utile de préciser dans la version française que le défaut de compétence matérielle sur la demande reconventionnelle s'apprécie en application du droit national. En effet, il est manifeste pour lui que ce soit le droit du for qui dicte la réponse.

Mr Morgan (Ireland) asked whether this question could not arise irrespective of a counter-claim. He suggested that a more general provision be drafted so as to include not simply subject matter jurisdiction, but limitations based on the value of a claim, as existed in the United Kingdom.

Mr Wagner (Germany) shared Mr Morgan's concern. He said the meeting must be careful when dealing with subject matter jurisdiction only within one rule of the draft. This could open the door for contradictory applications of parts of the eventual text.

Mr Musger (Austria) agreed with Mr Wagner but said the problem would not arise often. He said that in general, the Convention only dealt with international jurisdiction and did not prescribe specific courts within a Contracting State.

Mr Philip (Denmark) said there was no subject matter jurisdiction problem. He thought Working Document No 66 was workable. He said that the problem with counter-claims was that, if a plaintiff drags a defendant to a certain venue, it must be possible for the defendant to have a claim related to the original claim litigated in the same proceeding at the same time. It would be unfair to make the defendant start a separate proceeding in another court.

M. Voulgaris (Grèce) ne se déclare pas opposé à l'introduction d'une réserve relative à la compétence matérielle dans l'article 15. Toutefois, il considère que dans ce cas, une précision semblable devrait être ajoutée à l'article 5 de l'avant-projet de Convention. Sous réserve de cette adjonction, il adhère à la proposition formulée oralement par M. Bucher sur la base du Document de travail No 87.

Mr Musger (Austria) said there was some ambiguity regarding subject matter jurisdiction and venue. He said Mr Morgan's (Ireland) example of value-limited jurisdiction was a matter of subject matter jurisdiction. He said it might happen that a proceeding in a lower court was met with a counter-claim for a higher value for which the court did not have subject matter jurisdiction. He said that a defendant would be unable to bring such a counter-claim under the United States proposition in Working Document No 87.

The Chair asked if the meeting agreed to place the words of Article 15 with "Subject to Article 12" in square brackets, with a footnote to review the rest of the Convention text.

Mr Beaumont (United Kingdom) said that it was not controversial that Article 25(1) be changed to include Article 15.

The Chair noted consensus. He moved on to Working Document No 85 (Working Group on Contract Jurisdiction).

Ms Sabo (Canada) said the objective of the Working Group had not been to arrive at an agreed text, but simply put out in one document a representation of the issues faced for the purposes of the meeting and further consultation at home. She said Working Document No 85 essentially presented a middle ground position.

The Chair said it would be helpful to deal with the two variants by hearing from their separate supporters. He and the Secretary General noted that Alternative B was identical to the original draft of Article 6.

Mr Beaumont (United Kingdom) prefaced his discussion of the Working Document provisions by saying he was not sure why they were being discussed in Plenary Session, since delegates would likely need to take the proposal home for further consultation before making substantive decisions.

He then explained that the two variants of Alternative A had paragraphs 1 and 3 in common. He noted that paragraph 1 began with "Subject to the provisions of Articles 7 and 8" in brackets, explaining that any consumer or employment provisions were to take priority over this Article. He went on the say that the bracketing of "frequent [and] [or] significant activity" in paragraph 1 *a)* and *b)* remained a matter of contention. Mr Beaumont agreed with the Edinburgh and Ottawa reports' suggestion that "or" be used because he felt the provision should be flexible enough to allow one particular act to be a sufficient basis for action. He said it would otherwise be difficult to combine Alternative A, paragraph 1, with paragraph 2 *c)* in Variant 1, which would be a single act and not easily described as "frequent and significant".

Mr Beaumont further explained that the square bracketing at the end of Alternative A, paragraph 1, was a reasonableness proviso. It was intended to limit the scope of the provision by requiring an appropriate connection between the defendant and the State.

Mr Beaumont said that sub-paragraphs *a)*, *b)*, and *c)* of paragraph 2 in Variant 1 dealt with promotion, negotiation, and performance respectively. These were viewed as the three basic elements of contractual activity. Mr Beaumont said there was some problematic overlapping between the "frequent and / or significant activity" test of paragraph 1 *a)* and *b)* and the "regular and substantial promotion" test bracketed in paragraph 2 *a)* of Variant 1.

Mr Beaumont noted that Variant 1's provision in paragraph 2 *b)* was also complicated. It addressed the discomfort of several participants at the Edinburgh and Ottawa meetings about negotiation being included in the rule. The provision was thus intended to stipulate that negotiation itself was insufficient grounds to constitute "activity" and needed to be combined with at least some degree of performance. Unlike the performance provision featured in sub-paragraph *c)*, the performance required by sub-paragraph *b)* was to be at least in part in the State. Mr Beaumont added that the bracketed section concluding sub-paragraph *b)* reflected the dispute as to whether payment was to be considered performance. He personally preferred that payment be included, since it would only be in the context of sub-paragraph *b)* and thus would be limited to negotiation. He felt this would be a reasonable ground for exercise of jurisdiction.

Mr Beaumont said that paragraph 2 *c)* was relatively uncomplicated, since it was the familiar accordance of jurisdiction on the basis of contract performance. He reiterated that a "frequent and significant" test would not work well with this provision, which concerned goods and services.

Procès-verbal/Minutes No 17

He said that paragraph 3 embodied the Edinburgh draft. There was not yet consensus regarding how the issue of e-commerce would be implicated. He concluded by saying that Alternative B was simply a placeholder for the preliminary draft Convention and its traditional concepts of contractual activity.

M. Bucher (Suisse) fait part de ses regrets de voir que le Document de travail No 85 vient en pratique se substituer au Document de travail No 20, qui présentait l'avantage de tenter de réconcilier les traditions juridiques des différentes délégations. Il s'avoue d'autant plus déçu qu'il avait eu des raisons de croire, à l'issue des débats de la Commission II et dans le cadre des réunions informelles, que l'approche à la base de ce document avait des chances de prospérer. Il constate avec amertume que les positions de chacun se sont à nouveau éloignées et ce de façon très sensible. Aucune des alternatives proposées dans le Document de travail No 85 ne lui semble pouvoir réunir un consensus. Dans ces conditions, il communique l'intention de la délégation de la Suisse de retirer le Document de travail No 20.

Mr Brand (United States of America) said paragraph 1 of Alternative A was a great improvement on the Edinburgh and Ottawa results. He agreed that most participants at Edinburgh had felt the disjunctive "frequent or significant activity" test was preferable. He would remove the brackets from paragraph 1 *b)*. Mr Brand said the final bracketed phrase of paragraph 1 was a general rule of limitation that would only arise once the first test of "frequent and / or significant activity" was fulfilled. He went on to explain the difference between Variants 1 and 2 as being whether the realm of "activity" was limited to promotion, negotiation, and performance.

M. Tell (Commission européenne) souhaiterait renforcer les propos du Royaume-Uni concernant l'équilibre entre le for du contrat et le for de l'activité fréquente et / ou significative. Sous réserve de la prévisibilité, la formule alternative lui semble mieux à même de garantir ledit équilibre. À l'égard du for du lieu de l'exécution du contrat, il remarque que le fait de subordonner ce dernier à un test d'activité conduirait à en retenir une conception plus restrictive que celle qui est traditionnellement retenue dans les pays continentaux.

The Chair said the proposal clearly warranted more discussion. He asked if Mr Bucher intended to withdraw Working Document No 20.

Mr Duncan (Deputy Secretary General) asked if the meeting would consider the third alternative of including both Alternatives A and B, or if exclusion of this Edinburgh approach had been deliberate.

Mr Brand (United States of America) said that the Plenary Session had already recognised the value of Working Document No 20. He felt that to include this third approach would be a step backward.

Mr Thue (Norway) said he preferred inclusion of both regimes and thus supported the Edinburgh approach.

Mr Morgan (Ireland) agreed that the Edinburgh draft had been more comprehensible. He did confess to being unable to support paragraph 2 *b)* in Variant 1. He said that the definition of contractual activity had been a source of some debate between the European States and the United States of America. The European position had been to make the definition as precise as possible, limiting it to the three aspects of promotion, negotiation, and performance. The United States, however, had sought to safeguard the potential expansion of the definition by using not only the word "includes", but "*inter alia*" as well. He said it would be most helpful if anyone present could answer the question of whether a definite segment of contractual activity existed beyond these three elements. This would help decide the question of which variant should be maintained.

M. Bucher (Suisse) observe que la question posée par M. Duncan est délicate. Il rejoint ce dernier pour dire que la présentation du Document de travail No 85 sous la forme de deux alternatives antagonistes, accompagnées de crochets, risque d'être difficilement compréhensible pour le monde extérieur. La formulation de trois alternatives lui semblerait plus raisonnable et ne marquerait pas un recul dans un contexte déjà caractérisé par un éloignement très sensible des différentes positions.

Mme Bourgeois (France) estime qu'il est nécessaire d'introduire une troisième alternative qui se rapproche du texte du Document préliminaire No 15 adopté à Edimbourg. Elle remarque que le for de l'activité en matière contractuelle rend ce chef de compétence inutilisable entre deux particuliers contractant de façon occasionnelle.

Mr Beaumont (United Kingdom) replied that traditional contract principles were maintained in Alternative B, taken from the preliminary draft Convention. He said the United Kingdom was not opposed to somehow keeping both the European and United States approaches as separate Variants as a new alternative.

Mr Nygh (co-Reporter) said there was nothing keeping the meeting from combining the two. He suggested adding a footnote explaining that some delegates had expressed opposing views on the matter, thus avoiding unnecessary lengthening of the document by adding the entire Edinburgh report.

M. Bucher (Suisse) dit ne pas avoir bien compris la pensée de M. Nygh.

Mr Kovar (United States of America) agreed that the Permanent Bureau should not attempt to redraft the Article for the meeting.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that it was not his intent to do so and that he was content to leave redrafting in the hands of the delegates.

Mr Beaton (United Kingdom) said that Mr Duncan had made a suggestion in good faith and Mr Nygh's suggestion should not be taken as a point of controversy.

The Chair clarified that Mr Duncan had in fact asked a question of the delegates. He went on to announce that the Working Document from the Working Group on Provisional and Protective Measures was not yet available. He asked if there were any proposals concerning Articles 19 and 20.

M. Bucher (Suisse) rappelle au Président qu'il y a un Document de travail No 80 proposé par la délégation de la Suisse tendant à modifier l'article 19.

The Chair invited Mr Bucher to introduce Working Document No 80.

M. Bucher (Suisse) présente le Document de travail No 80 comme une tentative de résoudre l'un des problèmes posés par la nature mixte de la Convention. Il considère en effet que le demandeur doit savoir, dès l'instance engagée dans le for d'origine, si celui-ci est compétent sur le fondement d'un for conventionnel obligatoire ou en application d'une règle de compétence du droit national. À défaut, une fois devant

le tribunal de l'État requis, le demandeur serait contraint de rapporter la preuve que le tribunal de l'État d'origine tirait sa compétence d'un for conventionnel, afin de pouvoir bénéficier du régime simplifié de reconnaissance et d'exécution prévu par la Convention. Pour cette raison, M. Bucher propose que le demandeur puisse obtenir du juge de l'État d'origine une déclaration reconnaissant qu'il est bien compétent, le cas échéant, sur le fondement des articles 3 à 16 de la Convention. Selon lui, la déclaration pourrait figurer dans la décision. Ce faisant, il estime qu'il ne s'agirait là que d'une exigence minimum.

The Chair noted that the Swiss proposal was an addition to, and not a replacement of, Article 19.

Mr Philip (Denmark) accepted the proposal but asked why only the plaintiff was to be able to make such a request. He said that a defendant may also have need to request a declaration of basis of jurisdiction and proposed that the language be changed to say "a party" or "parties".

M. Bucher (Suisse) donne raison à M. Philip et reconnaît qu'il serait plus opportun de permettre à « chacune des parties » et non au seul demandeur de requérir cette déclaration de la part du juge.

Mr Kovar (United States of America) agreed in principle with the granting of this right to request a declaration of the basis of white list jurisdiction. He said there was no negative consequence of a court's failure to grant the request, however. He suggested that the right to request be extended to declarations of prohibited jurisdiction as well.

Mr Shimizu (Japan) said he did not support the proposal.

Mr Beaumont (United Kingdom) said he was in favour of it.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) souhaiterait obtenir quelques éclaircissements sur le Document de travail No 80. Elle s'interroge sur les conséquences au plan de la reconnaissance et de l'exécution du défaut de déclaration, soit que le demandeur ne l'ait pas demandée, soit que le juge ait refusé de la formuler. Elle se demande s'il y a lieu de considérer qu'une telle déclaration est constitutive.

M. Bucher (Suisse) répond que cette déclaration ne revêt pas une nature constitutive dès lors que le for de l'État requis procédera, en tout état de cause, à la vérification de la compétence du for d'origine. Néanmoins, M. Bucher remarque que les circonstances de fait qui ont permis au for d'origine de retenir sa compétence pourraient ne pas être exposées, ou l'être insuffisamment si ce for était fondé sur le droit national (zone grise). Or, il reviendra dans ce cas à la partie demanderesse à l'exécution de plaider à nouveau devant le for de l'État requis, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution de la décision en application de la Convention. C'est pourquoi M. Bucher est convaincu de l'utilité d'une déclaration de la part du juge d'origine lorsque sa compétence repose sur un chef de compétence conventionnel de la liste blanche.

Mr Musger (Austria) said that the Swiss proposal had merit but could lead to hypothetical litigation. Either party could ask for a declaration, then could litigate about the declaration itself. According to Article 27, the outcome would be binding not with respect to the court's legal reasoning, but only with respect to the facts of the case.

Mr Liew (Republic of Korea) drew the meeting's attention to the Confirmation of Judgment form presented in Working Document No 46. He asked what kind of relationship might exist between the form and the Swiss proposal.

Mme Bourgeois (France) se joint au Portugal pour souligner l'efficacité réduite de la déclaration dès lors qu'aucune obligation n'est imposée au magistrat qui n'est pas tenu de la prononcer. Elle souligne par ailleurs que le terme « déclaration » revêt une portée excessive en droit français et que les termes « indiquer ou mentionner » seraient préférables. Elle propose ainsi que cette préoccupation soit traitée à l'intérieur d'un formulaire ou dans un acte accompagnant le jugement.

Mr Möller (Finland) said declaration of basis of jurisdiction was not a simple matter of relying on a form. He reminded the meeting that some courts would never articulate the grounds upon which they based their jurisdiction unless they were contested. He agreed that "either party" or "a party" should replace the exclusive provision for a plaintiff's request. Mr Möller saw no reason why this right should not be granted, especially since it would arise in a limited number of cases.

M. Bucher (Suisse) répond à Mme Bourgeois qu'il n'est pas encore certain que le formulaire soit obligatoire pour le juge et que, dans l'affirmative, il est difficile de créer une obligation pour les tribunaux qui ne trouve pas de contrepartie dans la Convention elle-même. Par ailleurs, il observe que la personne chargée de remplir le formulaire n'est pas encore déterminée et que, dans l'hypothèse où la tâche incomberait à un greffier, par exemple, il voit difficilement comment ce dernier pourrait procéder aux constatations de fait nécessaires. En revanche, il admet que le juge ne doit pas être contraint de donner suite à la requête. Toutefois, il considère que les termes « mentionner ou indiquer » restent trop faible en français pour satisfaire l'objectif recherché.

M. Voulgaris (Grèce) s'interroge sur le moment auquel il doit être procédé à une telle déclaration et sur le support de celle-ci. En effet, M. Voulgaris fait remarquer que, dans l'hypothèse où la compétence du tribunal d'origine est contestée par le défendeur, les constatations de fait retenues par le juge pour statuer sur le litige figureront dans sa décision même. En revanche, si la compétence du tribunal d'origine n'est pas contestée, le juge procédera au fond sans formuler d'observations sur le fondement de sa compétence. Dans ces conditions, M. Voulgaris se demande si cette déclaration ne devrait pas figurer dans un document additionnel.

The Chair observed total lack of consensus with regard to Working Document No 80 and suggested it be placed in brackets with the added language "a / either party". He noted that the meeting agreed to adopt Articles 18 and 20.

The Secretary General announced the consumers group meeting and informed the delegates about the following day's excursion.

The meeting was closed at 4.15 p.m.

Procès-verbal/Minutes No 17

Procès-verbal No 18

Minutes No 18

Séance du lundi 18 juin 2001 (matin)

Meeting of Monday 18 June 2001 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 45 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

Le Président, au nom des membres de la Commission II, adresse de vifs remerciements au Gouvernement néerlandais, au Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, au Bureau Permanent, ainsi qu'à l'ensemble des personnes qui ont contribué à l'organisation de la formidable excursion qu'ont pu vivre samedi la plupart des délégués.

Le Secrétaire général souhaite la bienvenue aux participants qui viennent de rejoindre la Commission II. À leur intention, il rappelle qu'un inventaire du travail effectué pendant les dix premiers jours a été dressé vendredi après-midi. Il précise que cet état des discussions figure dans le Document de travail No 89, sous un intitulé, « Proposition des co-Rapporteurs et du Bureau Permanent », qu'il considère comme un peu malheureux.

The Chair informed the meeting that it had proven impossible to produce a document compiling all the decisions taken and the Working Documents submitted until then. He noted, however, that Working Document No 89 would be sufficient for the purposes of the present discussion and invited the meeting to address a number of issues where significant progress could be made. The afternoon sessions would be devoted to a general discussion of the progress made and the structure of the future Convention.

Mr Mc Ginness (Australia) informed the meeting that the Working Document produced by the Informal Working Group on Provisional and Protective Measures would be available shortly.

Mr Goddard (New Zealand) informed the meeting that the Working Document produced by the Informal Working Group on Consumer Contracts would be available shortly.

The Chair suggested that the meeting consider first the issue of damages and deal next with that of provisional and protective measures.

Mr Nygh (co-Reporter) reminded the meeting that it should first consider the form which paragraph 1 of Article 33 should take. Two proposals had been made on this question: the first appeared in Working Document No 89; the second had been made by the Informal Working Group and appeared in Working Document No 67, which had not yet been discussed. He wished to know whether a consensus could be found on this new proposal and asked members of the Working Group to offer explanations of their proposal.

Mr Parker (United Kingdom) expressed support for the suggestion made in Working Document No 67 in that it helped clarify the issues. In particular, it made clear to what extent the enforcing court had a duty under the Convention to enforce the foreign judgment and to what extent it could enforce the same judgment under its own national law.

Mr Vassilakakis (Greece) expressed support for the suggestion made in Working Document No 67 and noted that the solution coincided with that adopted by a Greek court in a recent judgment.

Mr Philip (Denmark) also wished to express support for Working Document No 67. At the same time, he drew attention to the footnote at the end of the document, in which the Working Group recommended that the order of paragraphs 1 and 2 of Article 33 be changed. He explained that the provision would be easier to understand if it started with the general rule of paragraph 2 and then moved to the more specific rule enshrined in paragraph 1. He concluded by suggesting that the provisions in Chapter III of the Convention be rearranged, an issue which could be discussed when dealing with the structure of the Convention.

Mr Kovar (United States of America) noted that the language of Working Document No 67 was clearer than that appearing in the relevant provision of the preliminary draft Convention. He noted that this Working Document suggested changing the order of paragraphs 1 and 2 of Article 33 and explained that this was a useful suggestion which the meeting should keep in mind as it proceeds. He also observed that paragraph 2 of Article 33 could be improved by making it a little more direct.

Finally, he commented on footnote 36 of Working Document No 89, noting that the footnote did not contain an accurate reflection of the debate that had taken place. In particular, he noted that there was no consensus in the meeting on the question whether the court addressed would apply its national law to determine whether statutory, liquidated and fixed interest on damages awards constitute compensatory or punitive damages. He asked that the footnote be modified to reflect the absence of agreement in the meeting on this question.

The Chair invited the delegations to offer comments on Working Document No 89 and to explain, preferably in writing, where this Document did not offer an accurate reflection of the debate or of the decisions taken.

M. Markus (Suisse) se félicite du compromis qui a pu être réalisé grâce aux efforts accomplis par tous les membres du Groupe de travail. Quant à l'ordre dans lequel les paragraphes devraient figurer, il accepte l'inversion proposée dans le Document de travail No 67, *in fine*, même s'il n'en perçoit pas vraiment l'utilité. Il lui paraît plus intéressant de relever, à la suite de M. Philip, que les dispositions de l'article 33, ainsi formulé, sont nettement plus proches de celles de l'article 28, ce qui souligne le lien étroit qui existe entre la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers et la question des dommages et intérêts.

M. Matthys (Belgique) remercie le Groupe de travail pour la préparation du Document de travail No 67, qu'il juge fort utile. Néanmoins, il sollicite une clarification quant à la teneur de la dernière phrase du paragraphe premier. Il s'interroge en effet sur la signification des mots « selon le droit du tribunal requis ». Selon lui, cette locution pourrait ne concerner que le passage qui suit : « jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine ». Pour le reste, la Convention serait seule applicable aux conditions de reconnaissance et d'exécution. Le jugement étranger

ne devrait donc pas faire l'objet d'une réception qui serait soumise aux conditions posées par le droit commun de l'État requis, par exemple, en Belgique, selon les dispositions du Code judiciaire relatives à l'exequatur. Cela conduirait donc à réduire le montant des dommages et intérêts au montant maximal pratiqué dans l'État d'accueil. Il demande aux auteurs du texte de lui indiquer si l'interprétation qu'il en donne ainsi est exacte.

Mr Philip (Denmark) answered that Working Document No 67 did not intend to modify the substantive rule contained in Article 33. The Convention would remain applicable to the question of the recognition or enforcement of the judgment and it would allow the court addressed to reduce the amount of damages to an amount similar to that which it would itself award. At the same time, Article 33 allows the court addressed to recognise the foreign judgment above and beyond this amount if it can do so under its own national law. He concluded by stating that if the meeting wanted to adopt a different rule, it would at least need to discuss it.

M. Matthys (Belgique) suggère qu'il n'y a peut-être aucun problème en réalité. Selon lui, le texte pourrait signifier que la reconnaissance de tels jugements doit être faite par application des dispositions de la Convention, mais qu'il reste possible de limiter le montant des dommages et intérêts en fonction de ce qui est considéré comme raisonnable selon le droit national. Or, le texte lui semble écrit comme si l'ensemble de la procédure de réception pouvait se faire en fonction du droit commun de l'État requis, ce dont M. Matthys dit douter. Il sollicite une confirmation quant à la justesse de cette vision des choses.

M. Pocar (co-Rapporteur) demande si le point de vue exprimé par le Délégué de la Belgique constitue une proposition de réécriture de la deuxième phrase du paragraphe premier de l'article 33, dans les termes suivants: «Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, si le droit du tribunal requis le permet, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.»

M. Matthys (Belgique) indique qu'il ne requiert pas une modification du texte, mais qu'il souhaite simplement une clarification. Il précise sa pensée en expliquant que si le jugement doit être exécuté en Belgique, il devrait probablement l'être, non pas par application de l'article 570 du Code judiciaire belge, qui prévoit un régime très libéral comme en France ou au Luxembourg, mais en fonction de la Convention, dont les règles doivent primer sur les normes nationales. Il estime que les dispositions de droit national ne devraient intervenir qu'en vue de réduire les dommages et intérêts dont le montant est excessif, pour autant que l'article 33 le permet en renvoyant au «droit du tribunal requis». Néanmoins, il lui semble qu'une confusion est possible au regard de la rédaction actuelle du texte et qu'il conviendrait d'expliciter cette formule grâce à une précision qui figurerait en ce sens dans le Rapport.

Le Président note que les deux Rapporteurs approuvent une telle solution.

Mr Philip (Denmark) agreed with the suggestion made to delete the words "under its law" in paragraph 1 of Article 33, as found in Working Document No 67. He explained that even without these words, the provision would lead to the same result.

Mr Kovar (United States of America) noted that the current discussion proved useful because it showed that it would be difficult to anticipate all questions and in particular the difficulties national courts would have in applying the Convention. He explained that in the United States of America, the future Convention would not be applied directly but only after having been implemented by special legislation. He reminded the meeting that under Article 33, the court addressed must recognise the foreign judgment awarding non-compensatory damages at least to the extent that a court in the State addressed would have awarded similar or comparable damages. Paragraph 2 of Article 33 made it clear that the court addressed could go further and recognise the judgment for an amount superior to that it would itself award, if so permitted by any rule of national law. He concluded by agreeing that the reference in the second sentence of paragraph 1 of Article 33 to the national law of the court addressed could be deleted.

The Chair noted that the issue raised could be dealt with by a note made by the co-Reporters.

Mr Wagner (Germany) reminded the meeting that the issue under discussion was very important and deserved careful consideration. He understood the concerns expressed by the Delegate of Belgium. However, he doubted whether the words "under its law" appearing in the second sentence of paragraph 1 of Article 33 could be deleted. The removal of these words would deprive the court addressed of any guidance and this was not a satisfactory solution. He asked that the Informal Working Group be entrusted with the task of coming up with another drafting. He concluded by reminding the meeting that the solution achieved in Article 33 was essentially a compromise solution. In that respect, the meeting should avoid introducing changes in this provision by requiring specific mentions to be made in the forms to be annexed to the future Convention.

Mr Parker (United Kingdom) agreed it would be satisfactory to deal with the question raised by the Delegate of Belgium in a note made by the co-Reporters. He stated, however, that it would not be acceptable to delete the words "under its law" in Article 33, as this clarification was necessary in an otherwise unusual provision.

Mr Liew (Republic of Korea) asked whether the reference to the national law of the court addressed in the second sentence of Article 33(1) was necessary. In particular, he wondered whether the criterion to be used in the application of this provision was the same as when applying the first sentence of Article 33(1). Both made a reference to the national law of the court addressed but the situation under the two was different. Under the second sentence, the court addressed would recognise the foreign judgment above and beyond what it would itself award in a comparable case. Mr Liew noted that it would be difficult to use the same criterion in both cases. He suggested therefore deleting the reference to the national law of the court addressed in the second sentence of Article 33(1).

Mr Nygh (co-Reporter) wished to clarify certain misunderstandings that had been apparent during the debate. He noted that paragraph 1 of Article 33 imposed an obligation on the courts of Contracting States to recognise and enforce non-compensatory damages awards at least to the extent that it would itself have awarded similar or comparable damages. Paragraph 2 of Article 33 should be read as a facilitative provision. Its effect was to permit the court addressed to recognise an award of non-compensatory damages even though it could not, under its own law, award such damages to the extent awarded by the court of origin, provided that its own law permitted the recognition or enforcement of the foreign judgment in these circumstances.

Mr Nygh also observed that if the meeting agreed on the substance of the provision, and its only concern related to the reference to the national law of the court addressed, these words

could be placed in brackets and a footnote added to the text. If the disagreement were more fundamental, then the two texts (Work. Doc. No 67, that of the preliminary draft Convention) should be placed in brackets.

The Chair reminded the meeting of the need to move along and make progress on this issue.

Mr Möller (Finland) expressed support for the position taken by the co-Reporter. He argued that the reference to the national law of the court addressed should be kept in the second sentence of Article 33(1), and that the problem could be addressed in the Report.

Mr Boggiano (Argentina) argued that the reference to the national law of the court addressed should be kept in the second sentence of Article 33(1). If not, the Convention would give the impression that the court addressed could recognise the foreign judgment on an autonomous basis, which was certainly not the intention of the meeting.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that the double reference to the national law of the court addressed in Article 33 was meant to refer to different parts of this law. In paragraph 1, the reference was to the law of damages, to allow the court addressed to examine what kind of damages it would have awarded in similar circumstances. The reference in paragraph 2 was not to the law of damages, but rather to the law on recognition and enforcement of the court addressed. He noted that there seemed to be an agreement on the substance of this provision in the meeting and that it would therefore not be necessary to put any parts of it between brackets. He strongly opposed the removal of the reference to the national law in the second sentence of Article 33(1) and suggested that the text as found in Working Document No 67 constituted a good compromise.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the explanation provided by the co-Reporter. He also noted that it would not be satisfactory to bracket any parts of Article 33 or to insert a footnote to the text. He asked the meeting to either incorporate the text of Article 33 as found in Working Document No 67, or to keep the text that appeared in the preliminary draft Convention. He further saw no valid reason to bracket any parts of Article 33, as this provision was more than clear.

The Chair suggested that the text of Article 33(1) as found in Working Document No 67 be included in the Convention.

Mr Liew (Republic of Korea) agreed that Article 33 should retain the double reference to the national law of the court addressed.

The Chair noted that there was a consensus to include in the text of the Convention Article 33(1) as found in Working Document No 67. The meeting would come back at a later stage to the question whether the order of paragraphs 1 and 2 of Article 33 should be changed. He then invited the meeting to consider the issue of bilateralisation and noted that there were two Working Documents addressing this question, Working Document No 48 (Australia and China) and Working Document No 91 (United States of America).

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the concept of bilateralisation had probably been used a little too loosely to qualify certain proposals under consideration. In essence, the question asked concerned the way the Convention should be ratified and also how other States should accede to the Convention. The term bilateralisation was of course a reference to the system put in place by the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. Under this Convention, each Contracting State had the possibility to "choose his partners for dance", by deciding whether or not to conclude a Supplementary Agreement as provided for by Article 21 of the Convention.

He noted that the meeting could choose from a wide variety of systems to define the "inner circle" of States Parties to the Convention. The meeting could decide to open the Convention to ratification by any State, or to restrict this possibility to those States who attended the negotiations. Similarly, the Convention could restrict the possibility for other States to accede to the Convention and provide that the accession could be vetoed by any one State. Finally, the Convention could also adopt a new system and provide that, when a State seeks to accede to the Convention, it would be up to each Contracting State to decide whether or not it would require the Convention to operate against this new State. The refusal to accept the accession would then only operate between the two States concerned. Mr Nygh finally noted that Working Document No 48 adopted a restrictive option partly inspired by the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, while Working Document No 91 effectively followed the path of bilateralisation.

Mr Bennett (Australia) introduced Working Document No 48, explaining that it had been co-sponsored by China. He noted that the States represented at the negotiations should trust each other. As fellow members of the Hague Conference, they should be prepared to do business with each other. Unfortunately, he added, there are certain countries in the world which did not deserve the same trust and respect. In these countries, one could attempt to unduly influence the scales of justice. The judiciaries in these countries could be plagued by corruption or political influence. There could also simply not be any functioning system of justice. He argued that these countries should not be given the possibility to accede to the future Convention and bind the other Contracting States to recognise and enforce their judgments. Contracting States should be allowed to decide in each case whether these States could accede to the Convention.

He further explained that, under Working Document No 48, only the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Nineteenth Session could ratify the Convention. Once it is ratified, the Convention binds the States which have ratified it. Other States would have the possibility to accede to the Convention. The accession would, however, only work in so far as other Contracting States have declared their acceptance of the accession.

He concluded that the solution embodied in Working Document No 91 was not satisfactory in that it required Member States of the Hague Conference to take a decision regarding each other.

Mr Kovar (United States of America) introduced Working Document No 91 and noted that it represented an example of another possible approach to the issue of bilateralisation. He explained that most delegates would agree that, in an ideal world, the Convention would not need any system of bilateralisation. Discussions with interested parties had however shown that the Convention would not be accepted without some kind of bilateralisation. He explained that the issue could be dealt with in a wide variety of ways. Working Document No 48 had the disadvantage of holding States not participating in the ongoing discussions at arm's length. Mr Kovar argued that this was not an appropriate way of presenting the work and the future Convention.

If the Member States were of the opinion that the Convention could not work without a system of bilateralisation, then it should be made effective for all States lest the Convention be accused of being discriminatory. This was the solution suggested in Working Document No 91. Under this proposal, each Contracting State would issue declarations concerning other Contracting States with which it determined to enter into treaty relations. Reciprocal declarations would be required to establish treaty relations under the Convention for all Contracting States. He acknowledged, however, that Working Document No 91 was not perfect and that the drafting could be improved, for example by linking the provision to other Articles of the Convention. Mr Kovar concluded that the meeting should not delve into the details of each proposal at this stage, but rather limit itself to a debate on the general issues.

Ms Renfors (Sweden) noted that it was too early to take a final position on the issue of bilateralisation. She thanked the delegations of Australia, China and the United States of America for the Working Documents they submitted and noted that they were useful in outlining the possible options. She added that the delegations should bear in mind the risks that the Convention would create for litigants, in particular because of the application of the rules dealing with recognition and enforcement in respect of some countries. These risks and concerns should be addressed when the meeting deals with the final clauses of the Convention. Finally, she mentioned that any rule dealing with bilateralisation should take into account the question of the accession of the European Community to the future Convention.

Mr Goldwater (Israel) explained that if a choice had to be made between the two proposals, his preference would probably go to that embodied in Working Document No 48. He noted, however, the existence of a technical problem with that proposal, in that it referred to the acceptance by Contracting States of the act of accession of another State. Mr Goldwater explained that the accession by a State to an international convention constituted an act of a sovereign State, which could not be rejected or accepted by another. The Convention should therefore avoid referring to acceptance or rejection of an accession and use other terminology.

Mr Clarke (Ireland) noted that "charity begins at home" and he therefore preferred the proposal made by the United States of America in Working Document No 91. It would be difficult, he stated, to divide the world into two groups; those who have participated in the negotiations and those who have not. He preferred to see the same rule applied to all States. He also noted that Working Document No 91 allowed Contracting States to modify the declarations they made, for example to take into account changes in the institutions of another State.

Finally, he stressed that the system of bilateralisation could prove difficult to handle for practising lawyers, in particular since it required them to find out not only if the Convention was in force for a particular country, but also what declarations had been made in respect of that country. He asked that the Convention provide a readily accessible source, such as a website, where the relevant information could be found.

Mr Beaton (United Kingdom) noted that it was useful to raise the issue of the possible bilateralisation of the Convention, but that it was probably premature to discuss it in great detail at this stage. It would be more appropriate to come back to this when considering the final text of the Convention. He explained that his preference went to Working Document No 91 because it did not discriminate among States. This approach seemed to be more sustainable and more satisfactory from a diplomatic point of view.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) rejoint le point de vue exprimé par la délégation des États-Unis d'Amérique, selon lequel il conviendrait d'étudier à nouveau la question lors de l'examen des clauses finales. Elle indique ensuite que si l'article 42 devait faire l'objet d'une modification, elle pencherait plutôt pour la version figurant dans le Document de travail No 48. Elle concède que cette proposition de l'Australie et de la Chine induit une discrimination à l'égard des États non membres de la Conférence de La Haye de droit international privé. Mais elle relève que le Document de travail No 91 introduit une exigence de reconnaissance mutuelle entre des États contractants, ce qui lui semble ne pas être acceptable. Mme de Magalhães Collaço estime que, dans le cas où une discrimination serait inévitable, il serait préférable de la limiter aux États non contractants, vis-à-vis desquels il est concevable d'avoir des doutes, alors que cela ne serait pas permis à l'égard des systèmes juridiques des autres États contractants.

M. Bucher (Suisse) considère que les deux méthodes de bilatéralisation doivent être laissées sur la table des négociations. Il observe que dans le cas où les participants opteraient pour une bilatéralisation générale, telle que celle prévue dans le Document de travail No 91, il serait alors envisageable de rendre bilatéraux des pans entiers de la future Convention, en compliquant encore davantage un système qui le serait déjà. M. Bucher relève que les dispositions relatives aux actes authentiques sont d'ores et déjà conçues de façon bilatérale car certains États restent en dehors de ce système. Il évoque la possibilité qu'un régime identique pourrait être appliqué en matière contractuelle, puisqu'aucun accord n'a pu être trouvé jusqu'à présent. Cela supposerait de scinder les dispositions en divers paquets, en distinguant le for de l'exécution du for de l'activité et des autres fors. Selon lui, une telle modification de la nature de la Convention aiderait éventuellement à surmonter les divisions actuelles et pourrait permettre de sortir de l'impasse.

Mr Möller (Finland) expressed the view that it was too early to take a final decision on the issue of bilateralisation. He also thanked the delegations of the United States of America, Australia and China for the proposals they had submitted which allowed the meeting to have a clear view of the possible solutions. He expressed a preference for the solution suggested in Working Document No 91, because it did not discriminate among States. Finally, he noted that the meeting would have to come back to the issue at a later stage when it had a better view of the final content of the Convention.

Mr Hu (China) thanked the delegations for the comments they made on Working Document No 48. He noted that the solution suggested in this Working Document had been taken over from other Hague Conventions, but acknowledged that more time was needed to fully consider the issue before making a final decision. He expressed concerns regarding Working Document No 91 in that it would break up treaty relations between Member States and could also affect the nature of the future Convention. The solution suggested in this Working Document would transform the Convention into a model-Convention, hence his hesitation to go along with this proposal.

Mr Poon (China) observed that Working Document No 48 did not discriminate among States but rather attempted to ensure a more efficient process of implementation. He argued that the process of acceptance of ratifications by Member States would be made more efficient under Working Document No 48. He added that there was a certain measure of uncertainty in that Contracting States did not know in advance which States would want to join the Convention. Working Document No 48 attempted to alleviate this uncertainty.

Procès-verbal/Minutes No 18

M. Droz (expert consultant) précise au préalable qu'il souhaite intervenir sur un plan purement technique, sans intention de donner des consignes aux États participants. Il rappelle que, pendant la Session extraordinaire de 1966, des débats ayant le même objet avaient été tenus lors de l'élaboration de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*. Il mentionne que, dans ce cadre, la bilatéralisation a finalement pris la forme d'un accord complémentaire, qui a rebuté de nombreux États et qui a donc remporté un très faible succès.

M. Droz considère que le Document de travail No 48 contient en fait une clause d'adhésion et qu'elle ne correspond pas à une véritable bilatéralisation. Il note que ce type de clause figure déjà dans d'autres textes, comme dans l'article 38 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Il estime qu'il est plus facile d'utiliser une conception négative, en énonçant « sauf objection », que d'avoir à prendre une position explicite. M. Droz observe qu'en revanche, le Document de travail No 91 institue une véritable bilatéralisation, à l'instar du système adopté pour la Convention Exécution de 1971. Il se félicite du fait que cette proposition se différencie néanmoins de l'ancien texte dans la mesure où le procédé de l'accord complémentaire n'a pas été retenu. Il souhaite toutefois que le paragraphe 2, qu'il juge encore trop lourd, soit retiré. Il estime préférable de laisser les États s'entendre entre eux, dans le secret des relations diplomatiques, sans avoir à établir une liste destinée à proclamer que tel pays est désigné comme partenaire attitré de tel autre.

Mrs Borrás (Spain) noted that the question of bilateralisation of the Convention was certainly a question the meeting should keep in mind. It was, however, impossible to take a decision at this stage. The delegations would have to wait before dealing with the issue until more is known on the exact shape and content of the Convention.

Ms Sabo (Canada) observed that two proposals had been made on the issue of bilateralisation. She noted that the suggestion of Working Document No 91 to adopt a method of full bilateralisation raised certain concerns in that it would lead to a degree of fragmentation.

Mr Bennett (Australia) appreciated the comments made by the delegation of Israel on the problems that the acceptance of an accession, as required under Working Document No 48, would raise with the sovereignty of States. He noted, however, that the terminology used in Working Document No 48 had been directly taken over from Article 38 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*.

He reminded the meeting that one of the reasons for the failure of the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* was precisely the requirement that each Contracting State enter into a separate declaration with all other States with which it wanted to establish treaty relations. This was also the model followed by Working Document No 91. He suggested that the two proposals be retained in brackets in the final text.

The Chair noted that the issue discussed was of the utmost importance. He observed that the meeting would wish to come back to it, not necessarily at the very end of the discussions, but rather along the way. He noted that there seemed to be a consensus to the effect that the two proposals be put in brackets in the text of the Convention. He also thanked the various informal working groups for the Working Documents they had produced and for the work they had so carefully undertaken. The Chair then invited the meeting to turn to the issue of the prohibited grounds of jurisdiction and in particular to Working Document No 92 (United States of America).

Mr Philip (Denmark) suggested that the afternoon session be shortened so that informal working groups would be allowed sufficient time to meet.

The Chair accepted the suggestion and directed that certain working groups be convened. He asked the meeting to consider only the addition to Article 18 suggested in Working Document No 92.

Mr Kovar (United States of America) inquired whether it would be possible to make changes to the agenda of the meeting to accommodate the concerns of various delegations to allow sufficient time for the debate that was planned for the afternoon.

There ensued a short discussion between the Chair and the meeting on the agenda of the session.

The Chair directed the meeting to consider Working Documents Nos 90 and 92 (United States of America), after which it would turn to the question of provisional and protective measures.

Mr Kovar (United States of America) reminded the meeting that it had already discussed the first paragraph of Article 10, as found in the preliminary draft Convention. The meeting would now have to consider the remaining paragraphs of this provision as well as the text produced during the informal meeting in Edinburgh (Annex II of Prel. Doc. No 15).

He introduced Working Document No 90 by explaining that it suggested redrafting Article 10 to take into account several concerns of his delegation. In the first place, Working Document No 90 suggested deleting the word "delicts" from the provision. He observed that the distinction between torts and delicts had already been discussed and that it had appeared that the reference to delicts was not understood by several countries which were not familiar with the concept. He also explained that, when drafting Article 10, the meeting should also consider the related issue of the grounds of jurisdiction prohibited under Article 18. Working Document No 92 suggested prohibiting Contracting States from exercising jurisdiction in civil cases solely because of the existence of a related criminal action in that State. Different views had been expressed on this issue. According to some delegations, the fact alone that a State had criminal jurisdiction to entertain a claim should not make it possible for this State to hear a civil claim related to the criminal action. The existence of criminal jurisdiction did not turn what was essentially a black list ground into a grey list ground. Other delegations had expressed the opinion that if a State had criminal jurisdiction to hear a claim, this would alter the fundamental nature of the jurisdiction and the State should be allowed under its national law to hear a parallel civil action. Working Document No 92 made it impossible under the Convention for a Contracting State to exercise prohibited jurisdiction over a civil claim simply because the State happened to have jurisdiction to hear a related criminal action.

Mr Liew (Republic of Korea) thanked the Delegate of the United States of America for his helpful comments. He noted that Working Document No 90 should be more precise when referring to the concept of "related criminal action". This concept had already been used in paragraph 3 of Article 18, which embodied the so-called human rights exception to the prohibited grounds of jurisdiction. Under Working Document

No 30, the existence of a related criminal jurisdiction would constitute an exception to the prohibition of the exercise of jurisdiction. He acknowledged that the issue might only be a drafting point. He asked, however, that the meeting consider the proposal made in Working Document No 90 when discussing paragraph 3 of Article 18.

M. Bucher (Suisse) observe que le Document de travail No 92 soulève à nouveau un problème déjà maintes fois évoqué : la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique tend notamment à biffer les termes « *solely of one or more* » dans le début du paragraphe 2 de l'article 18. M. Bucher indique qu'au lieu d'une suppression, il opterait plutôt pour une correction. Il relève ensuite que la nouvelle prohibition de for, qui est suggérée dans ce Document de travail, entre en contradiction manifeste avec l'article 10, qui crée un for relevant de la « liste blanche » en matière de responsabilité civile. Si ce for de responsabilité civile coïncide avec une action en matière criminelle, il se retrouverait interdit par le biais de l'article 18, tel que formulé dans la proposition américaine.

M. Tell (Commission européenne) exprime des doutes quant à l'articulation des deux propositions de la délégation des États-Unis d'Amérique, qui sont contenues respectivement dans les Documents de travail No 90 et No 92.

Il note que le Document de travail No 90 propose de biffer les mots « *or delicts* » dans l'intitulé de l'article 10, comme l'a évoqué la délégation du Royaume-Uni. Quant à la suppression du paragraphe 3, M. Tell regrette qu'aucune explication ne soit donnée. Au sujet de la disparition des dispositions du paragraphe 4, il souligne qu'elles n'ont pas encore donné lieu à un débat. Il relève que la note fait allusion aux préoccupations propres au commerce électronique, sans autre précision. Envisager l'élimination du paragraphe 4 lui paraît surprenant car il lui semblait que ce texte avait précisément pour but de rétablir un équilibre en matière de délits à distance, dans la lignée de la jurisprudence *Shevill* de la Cour de justice des Communautés européennes, tout en allant encore plus loin, grâce à la prise en considération de la résidence habituelle de la victime.

M. Tell considère que le Document de travail No 92 traite d'une question proche mais différente. Il suggère la traduction suivante pour la nouvelle disposition proposée : « l'existence d'une action pénale connexe dans cet État ». À l'instar de la délégation de la Suisse, il estime que l'on ne voit pas bien comment l'existence d'un for connexe pourrait constituer un for prohibé. Il note ensuite que les suppressions proposées dans le chapeau renvoient à des problèmes déjà évoqués lors des débats relatifs à l'article 18, qui n'avaient alors conduit à aucun consensus. Enfin, M. Tell observe qu'en ce qui concerne les actions pénales, il convient d'être prudent car certaines Conventions internationales, notamment celles relatives aux droits de l'homme, comportent des règles de compétence en matière criminelle qui relèveraient de la liste noire selon la future Convention. Il donne l'exemple de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* qui permettrait l'exercice d'une compétence fondée sur la simple présence de l'individu sur le territoire. De ce chef de compétence pénale, découlerait éventuellement une compétence civile.

Il conclut en estimant qu'il n'existe pas de consensus suffisant et que des débats sont donc encore nécessaires. Il invite la délégation des États-Unis d'Amérique à revoir et à approfondir ses positions.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that his delegation could not support the suggestion made in Working Document No 90 to delete the word "delicts" from Article 10. He noted that the concept of "torts" was, as such, meaningless in Scotland, as well as in South Africa. It would therefore be misleading to refer to this area of law by the only concept of "torts".

He further noted that his delegation could not accept the new paragraph 2 proposed in Working Document No 90 and that any decision on such an addition would depend on the balance of the Convention as a whole. He observed that the new paragraph 2 had in fact been taken over from the text suggested during the informal meeting in Edinburgh (Annex II of Prel. Doc. No 15). He welcomed, however, the addition of a reasonableness test in the same provision. Mr Beaumont suggested placing the new paragraph between brackets in the Convention.

He further agreed with the suggestion to delete the old paragraph 2 from Article 10, noting that this issue would be better dealt with in the provisions addressing the scope of the Convention. Turning to paragraph 3, he welcomed the suggestion to delete this paragraph, noting that it was very difficult to see what results the practical application of the provision would achieve. It was in any case not appropriate to include such a provision in the "white list" of grounds of jurisdiction. He suggested removing this provision to the "grey list" to improve the predictability and legal certainty afforded by the Convention. He regretted, however, the suggestion to delete paragraph 4 of Article 10, noting that this provision could prove useful. He suggested placing the provision in square brackets.

Turning to Working Document No 92, he explained that the drafting of the proposal was not good, but that he could agree with the substance of the proposal. He explained that it was perfectly reasonable to prohibit a court from claiming jurisdiction over a civil claim for the sole reason that it also had jurisdiction to hear a related criminal action. In his view, the exercise of such a jurisdiction should be prohibited under the Convention. It was not appropriate for a court to exercise jurisdiction on the sole basis that the claim was related to a criminal claim for which it had jurisdiction, even though an exception should be made for cases involving human rights.

Mr Wagner (Germany) asked the meeting to consider each proposal on its own in order to give more structure to the debate.

M. Bucher (Suisse) note que, dans le Document de travail No 31, la délégation de la Suisse avait essayé de permettre un rapprochement entre la position de la délégation des États-Unis d'Amérique et celle des autres participants. Mais cette tentative de compromis ne lui semble plus d'actualité dès lors que les Délégués des États-Unis d'Amérique reviennent au for de l'activité, comme en matière contractuelle, ce qui conduit à un nouvel éloignement entre les positions de part et d'autre. Il indique que, vu cette évolution, la position de la Suisse n'est plus de rechercher un consensus et qu'elle entend retirer la proposition faite dans le Document de travail No 31. Selon M. Bucher, le texte doit rester entre crochets. S'il admet la suppression de l'ancienne version du paragraphe 2 de l'article 10, il désapprouve à l'heure actuelle la disparition du paragraphe 3, qui lui paraît utile en matière de propriété intellectuelle.

Mr Möller (Finland) explained that he could not support the new paragraph 2 suggested in Working Document No 90. This new provision should be placed between brackets in the text. He welcomed, however, the removal of the old paragraph 2 dealing with anti-trust violations, referring to the decision taken by the meeting on the application of the Convention to claims of that kind. He opposed the removal of paragraphs 3

Procès-verbal/Minutes No 18

and 4 of Article 10, suggesting they should be placed between brackets.

Turning to Working Document No 92, he explained that under Finnish law, a court could exercise jurisdiction over a civil claim if it already had jurisdiction over a related criminal action. He noted that it would be premature to ban the exercise of this type of jurisdiction and that his delegation would not be prepared to accept the suggested addition to Article 18. He concluded by noting that the meeting should return to the issue at a later stage when considering the whole of Article 18, and not a single paragraph.

Mr Kovar (United States of America) noted that there was no consensus in the meeting to delete the words "or delict(s)" from Article 10 and suggested that they be placed between brackets. He agreed in substance with the comment made by the Delegate of Switzerland concerning the word "solely" in the chapeau of Article 18, but noted that in his understanding this word was superfluous since it was already implicit in the text of the provision. He added that further discussion and reflection were needed to determine whether the text needed to be clarified. He further observed that no consensus seemed to have emerged on the prohibition of the exercise of jurisdiction by a Contracting State on the sole basis of the existence of a related criminal action in that State. He suggested that the language proposed in Working Document No 92 be placed between brackets. He also noted that this issue was related to the so-called human rights exception, which constituted a critical part of Article 18. Hence, the two subjects should be dealt with together.

Turning to Working Document No 90, Mr Kovar thanked the delegations for the comments they made on the proposal. He suggested that the text that resulted from the informal meetings (Annex II of Prel. Doc. No 15) be put in brackets in the Convention. He further observed that there seemed to be consensus to delete the original paragraph 2 of Article 10 from the Convention, as the issue of anti-trust violations was dealt with in the provision addressing the scope of the Convention. He explained that paragraph 3 of Article 10 could, in his opinion, be deleted from the Convention. The only aim of this provision was to ensure the existence of a "white list" ground of jurisdiction to support provisional and protective measures, but this was already taken care of in the provision dealing expressly with these measures.

Finally, he argued that paragraph 4 of Article 10, which was inspired by the case law of the European Court of Justice and in particular by the decision in the *Shevill* case, remained a troublesome provision. This provision was not satisfactory because it sought to apply the solution of the *Shevill* case outside the framework of defamation.

The Chair invited the meeting to consider first Working Document No 90. He noted that there was no consensus on the removal of the words "or delicts" from Article 10 as suggested in this Working Document. Hence these words should be placed between brackets. The new paragraph 2 proposed in Working Document No 90 would also be placed between brackets, as no consensus had emerged on this provision. On the other hand, the meeting seemed to have agreed to delete the old paragraph 2 dealing with anti-trust violations. Finally, no consensus had emerged on paragraphs 3 and 4 of Article 10, which would therefore be placed between brackets. He invited further comments on Working Document No 92.

Mr Vassilakakis (Greece) noted that Article 5 (4) of the Brussels Convention, as modified, granted jurisdiction to hear a civil claim to the court of the State where criminal proceedings had been instituted. He asked that this rule be taken into account, in particular since this appeared to be the general practice of many States.

Mr Nygh (co-Reporter) explained that the Report of the preliminary draft Convention made a brief reference to the issue at paragraph 27. According to the Report, a civil claim for compensation instituted by victims of a crime or on their behalf should not be denied a civil character simply because it is brought in conjunction with related criminal proceedings. He added that the technique of the civil proceedings connected to a criminal action was certainly not the monopoly of civil law countries. English courts had in the past recognised such orders for compensation. The orders awarding compensation in such a case could, however, only be recognised and enforced under the Convention provided the court of origin had exercised jurisdiction under circumstances which entitled the judgment to recognition under Chapter III of the Convention. The judgment will therefore only be recognised or enforced if there is a "white list" ground of jurisdiction under the Convention. Mr Nygh noted that in his opinion Working Document No 92 probably did not intend to challenge this and should not be read as prohibiting the exercise of jurisdiction by a court of a Contracting State simply because the court happened to have at the same time jurisdiction to hear a related criminal case.

Mr Dogauchi (Japan) reminded the meeting that his delegation had also submitted a Working Document addressing the issue of jurisdiction for torts. Working Document No 8 suggested deleting paragraph 3 of Article 10 and to leave the matter of jurisdiction for a future harm to national law.

Mr van der Velden (Netherlands) observed that a note appearing in Working Document No 90 explained that the entire Article 10 should be considered in the light of the specific problems raised by electronic transactions. He wondered therefore why the delegation of the United States of America had not taken over paragraph 3 of Article 10 as found in Annex II of Preliminary Document No 15, which aimed at precisely some concerns expressed by the electronic commerce industry.

Mr Musger (Austria) expressed concern at the suggestion made in Working Document No 90 to remove paragraph 3 of Article 10 covering jurisdiction for injunctions. He argued that this would cause difficulties in litigation involving intellectual property. A rule granting jurisdiction for future harms was in particular necessary in cases relating to copyrights and neighbouring rights, since the Convention would probably not provide any exclusive jurisdiction for these rights. He argued that the Convention should provide a rule granting jurisdiction to issue injunctions in these cases, and that these injunctions should be recognised and enforced abroad. Mr Musger also explained that the provision dealing with provisional and protective measures would not be sufficient to solve these difficulties. He noted that it was even uncertain whether the Convention would include a "white list" rule dealing with provisional and protective measures. He therefore asked that Article 10(3) be maintained in the future Convention.

Turning to Working Document No 92, he explained that he could agree on substance with the suggestion made to prohibit the exercise of jurisdiction by a court of a Contracting State for the sole reason that it also had jurisdiction to hear a related criminal claim. He argued that the existence of criminal jurisdiction should not be sufficient to create jurisdiction to hear a related civil claim, even in the "grey" zone. He strongly opposed, however, the deletion of the word "solely" in the chapeau of Article 18. The removal of this word would create difficulties with the whole provision, which could then be misread by national courts.

The Chair noted that there was agreement among the delegations to place paragraphs 3 and 4 of Article 10 between brackets. He suggested the same regarding the word "solely" in the chapeau of Article 18, to deal with the suggestion made in Working Document No 92. He reminded the meeting that Article 10(3), as found in Annex II of Preliminary Document No 15, should also be kept in mind.

M. Tell (Commission européenne) affirme qu'il fait siennes les observations de M. Nygh et de la Grèce sur le Document de travail No 92, mais qu'il entend même aller au-delà, ne se limitant pas seulement aux problèmes de la liste blanche, des droits de l'homme et de l'articulation des articles 18 et 10(3). Le contenu de la liste noire le préoccupe également. Il note que selon certaines Conventions, dont le nombre se multiplie, les droits de l'homme fondent à la fois des actions civiles et pénales, notamment en matière de corruption. Il s'interroge sur la nécessité de continuer à appliquer ces autres textes, pour lesquels il conviendrait alors d'adopter des règles permettant de trancher le conflit de conventions. D'une manière générale, en dehors même du cadre spécifique de la future Convention, il ne lui paraît plus possible d'appliquer de tels chefs de compétence exorbitants.

Mr Kovar (United States of America) agreed that it was necessary to point out the implications of Article 10 for electronic transactions. The record should also show that the proposal made by the delegation of the United States of America in Working Document No 90 was contingent on further thinking on the issue of electronic commerce. It would be necessary to carry out further work on the issue before determining where the exact balance lay between the competing considerations.

Mr Kovar opposed the suggestion to include in the text of the Convention Article 10(3) as found in Annex II of Preliminary Document No 15. He explained that the idea of an escape clause allowing a party to avoid being submitted to the jurisdiction of a particular State, when it had taken reasonable steps to avoid acting in or directing activity into that State, had not proven useful. The provision originated from discussions concerning jurisdiction for consumer contracts. It did not make much sense, however, when dealing with torts and delicts because it invited companies to take legalistic steps on paper to organise their affairs to prevent the exercise of jurisdiction. He argued that it would be preferable not to include this provision in the Convention.

Turning to the issue of jurisdiction for future harms, Mr Kovar agreed with the observations made by the Delegate of Austria and noted that permanent injunctions were critical for litigation involving copyrights. It would, however, also be necessary to take into account the concerns of ISPs. He asked that the meeting come back at a later stage to this provision. Commenting on Working Document No 92, he explained that this proposal did not intend to introduce a general prohibition of the exercise of jurisdiction over a civil claim related to criminal proceedings. The suggestion was only aimed at the exercise of jurisdiction justified by the sole existence of jurisdiction over a related criminal action. He concluded by noting that the meeting would have to come back to the problems raised by the Observer for the European Commission when dealing with the relationship between the Convention and other Conventions.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed support for the inclusion in the Convention of the escape clause found in Article 10(3) as it appeared in Annex II of Preliminary Document No 15, even though he acknowledged that the text would need further consideration. He argued that it would not be sufficient to simply indicate the existence of the problem in a footnote. It was, in his opinion, necessary to include some text in the Convention. He further explained that the idea of the "reasonable steps" mentioned in this provision should not be interpreted in a formalistic manner, as referring only to legalistic steps. This idea also had a relevance in tortious matters because it related to actions that people undertake in electronic commerce.

Mr van der Velden (Netherlands) asked that the "reasonable steps" provision (Art. 10(3) as found in Annex II of Prel. Doc. No 15) be included in the text of the Convention because delegations had spent a lot of time discussing the issue during the informal meetings.

The Chair reminded the meeting that it was important not to lose track of the various issues discussed. Hence he suggested including in the Convention the text of Article 10(3) as found in Annex II of Preliminary Document No 15. Turning to Working Document No 92, he assumed that there was agreement among the delegations to include, between brackets, the text of the new prohibited ground of jurisdiction in the Convention. He then invited the meeting to turn to Working Document No 95, submitted by the Working Group on Provisional and Protective Measures.

Mr Mc Ginness (Australia) explained that the intent of the Working Group had been to compile and reduce the views expressed by the delegations to a couple of options. Working Document No 95 outlined two possible variants. The first variant essentially reproduced the suggestion made in Working Document No 70, with a few modifications and nuances in the footnotes. He noted that a majority of delegations seemed to favour the inclusion in the Convention of a provision defining provisional and protective measures. Hence Working Document No 95 suggested the addition of a fourth paragraph to Article 13, which had drawn from the definition used in the Helsinki Principles on Provisional and Protective Measures adopted by the International Law Association. Letter *c)* of the definition referred to measures intended to restrain conduct by a defendant to prevent current or imminent future harm.

He noted that there was a disagreement among delegations on paragraph 1 of Article 13. While some delegations argued that this provision should expressly confer jurisdiction on the court having jurisdiction to determine the merits of the case, other delegations would have preferred that the Convention refer to the national law of the Contracting States on this issue. He also noted that Variant Two essentially took over Working Document No 77 submitted by the United Kingdom, which intended to exclude provisional and protective measures from the scope of the Convention. Finally, he apologised for the poor French translation of Working Document No 95.

The Chair expressed his appreciation, on behalf of the meeting, for the work of the Informal Working Group.

Mr Philip (Denmark) reminded the meeting that his delegation had also submitted a Working Document on the issue of provisional and protective measures. Working Document No 84 suggested excluding these measures from the scope of the Convention. He noted that this Document was still on the table.

The Chair closed the meeting by reminding the delegations of various arrangements that had been made for the informal working groups.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal/Minutes No 18

Procès-verbal No 19

Minutes No 19

Séance du lundi 18 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Monday 18 June 2001 (afternoon)

The meeting was opened at 2.45 p.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair announced that the first part of the afternoon would be dedicated to some remarks on the structure of the Convention and on the progress that had been made. He clarified that this discussion would only assist Commission I to carry out its task on this matter.

By way of introduction, he stated that there was no reason to be pessimistic, even if a heading in *The Economist* of 9 June 2001 commented on the ongoing project with the heading "Tied up in knots". He reminded the delegates that since the process had begun and been approved by the Commission on General Affairs and Policy more than eight years ago, there had been tremendous changes in technology and political structure, and some of these changes were very hard to adjust to.

He therefore hoped for a constructive debate on what had been accomplished and where the project would go on from this point. Before opening the discussion, he gave the floor to Mr Nygh (co-Reporter) for a brief remark as to why Working Document No 89 (co-Reporters and the Permanent Bureau) had thus far only been issued in English.

Mr Nygh (co-Reporter) noted with reference to Working Document No 89 that the French translation of the draft proposal would be delayed because of some slight linguistic difficulties. He regretted this, but confirmed, however, that by end of the afternoon there would be an up-to-date document in French.

The Chair confirmed that the updated Working Document No 89 would substitute the existing one, and for that reason keep the same number.

Ms Schulz (Germany) added that nothing had been decided with regard to Article 12 and that a Working Document on this matter would be submitted during the afternoon.

Mr Thue (Norway) informed the meeting that a Working Document prepared by the delegations of Argentina, Australia, New Zealand and Norway on how to proceed with the project would be distributed within a few minutes.

Mr Beaumont (United Kingdom) finally opened the discussion with the remark that the debate might be premature, since one would have to carefully study the aforementioned Working Document first. Additionally, there were substantive matters that required further attention. He concluded that the suggested discussion should be postponed.

Mr Kovar (United States of America) disagreed and said that it was not too premature for a debate on the present status of progress and the possibilities for the future proceedings.

He argued it had become clear that this meeting would conclude with more questions raised than existed when it had begun. Having identified difficult policy issues, it would be irresponsible to hope that a worldwide convention could be completed in an effective manner before the issues were subject to further consultations with governments and private sector interests.

Facing a draft Convention text which was not well formed or even close to complete, it did not seem possible to schedule a final session. Instead, one should concentrate on the very next steps in order to move ahead.

The Chair said that the debate was important and proposed that it should be continued since there was little time left and because he hoped the meeting could reach conclusions which would be to the benefit of the work of Commission I. He asked the delegation of the United States of America to expound its ideas on a possible framework. Beforehand, he would give the floor to the European Community for an introductory comment on its views.

Ms Renfors (Sweden) stated that she would not have minded listening to an explanation given by the delegation of the United States of America first.

However, she proceeded by suggesting that the meeting should continue its efforts to work on the substance and by the next evening find a workable text that resembled more a final product than that which had been accomplished so far. She reiterated that a general discussion at this stage would be detrimental to the work on the substance.

She admitted that many questions were still left open. This was already revealed by the draft proposal in Working Document No 89. She was nevertheless convinced that more results had been achieved than could be identified on paper.

Mr Thue (Norway) stated that instead of concentrating on the controversial issues, the meeting should direct its attention towards a core of issues where there was consensus or near consensus. Identifying this core, the meeting would be able to create a foundation for a Convention which could be constantly refined in the future. As long as it was possible to identify the main provisions for a future Convention, there was no reason to be pessimistic as regards its success.

Mr Kovar (United States of America) stated that, unlike most of the previous Hague Conventions, the work on this Convention had aroused much interest from the private sector, which had been reflected by a significant presence of the issue in the media that viewed the progress with scepticism. On the one hand, this was encouraging because it proved the importance of the task but, on the other hand, it revealed the various difficulties the future work on the Convention would have to master. He argued that the negotiations on this Convention had become considerably more complex. Due to the emergence of new ways of carrying out transactions and of new kinds of disputes related to tort and intellectual property issues, one had to learn more about the private and public interests involved. Since legal rules on litigation eventually served as a tool for achieving social and economic goals, the different interests needed to be balanced more carefully.

He then outlined and commented on three options regarding how to proceed with the work on the Convention. One was to continue the work in the manner it had been done before; more time would be required to hold the different interest

groups together; the discussion would have opened up substantially. The second option was to reduce the scope and scale back the ambitions of the initial broad approach the Convention had assumed and concentrate on the issues where there was a consensus. Finally, as a third option, the Hague Conference could suspend the issue for a limited period of time. He pointed out that there was no shame in putting on hold a project, for which the time was not appropriate to reach sufficient conclusions.

Since many delegations probably did not have the authorisation to undertake any major course directions, he proposed, as the next step, that the delegations consult with their governments then reconvene within a relatively short time, *e.g.*, mid-fall or early winter of this year. Until that meeting, the delegates could present some new ideas and obtain new authorisation.

The Chair referred to Working Document No 97 (Argentina, Australia, New Zealand, Norway) that had just been distributed among the delegates and observers.

Mr Struycken (Netherlands) reminded the delegates of how much time and energy had been invested in this project and that one should try to collect the best fruits of this enormous investment. Although he largely agreed with Mr Kovar's comments, he objected to the notion of delay. He preferred, in principle, to follow the schedule that had been set up in June 2000, when it had been agreed to divide the Diplomatic Session into two parts. In order to prepare for the second part of the Session, he suggested that a strict and well-organised programme should be developed in order to locate the problems.

He admitted that one would perhaps ultimately have to agree on a more modest Convention than the one that was presently negotiated. He saw a sufficient mandate to make concessions on both sides. For example, intellectual property matters may be dealt with within a separate Convention. The same could apply to copyright or patent right issues as had been proposed in earlier discussions.

He stated that even though one was not sufficiently familiar with many questions that arose from the emergence of e-commerce, a basis for the Convention could nevertheless be achieved. In any case, Commission II should have enough self-confidence to recommend to Commission I to continue the work on the Convention.

Ms Renfors (Sweden) noted that having just received Working Document No 97, it was not possible for her to prepare a final position on that document. She suggested therefore continuing with a discussion on its contents at a later stage.

The Chair suggested having an extended coffee break in order to reflect on Working Document No 97.

Mr Beaton (United Kingdom) noted as a point of order that his delegation needed more time to consider the implications of the aforementioned Working Document No 97.

Ms Renfors (Sweden) reiterated her suggestion of returning to a discussion on the substantive issues, which had not been resolved yet. She proposed that the meeting should continue with the general discussion on Wednesday morning after there had been enough time to consider the proposals set out in Working Document No 97.

Nevertheless, she indicated that there may be a careful look with regard to the level of ambition in the future. She confirmed, however, that the European Community, for the time being, was still aiming towards a mixed Convention and was not ready to limit itself in any way.

Ms Sabo (Canada) agreed with Mr Beaton that more time was needed. She proposed, however, that the delegations which had taken part in drafting Working Document No 97 should introduce the contents of the document.

Mr Goddard (New Zealand) supported Ms Sabo's proposal and added that such an introduction had the advantage of providing an oral explanation and shedding some light on the considerations upon which it was based.

Mr Möller (Finland) agreed that time was needed in order to study Working Document No 97. He suggested, however, holding a short discussion now since a general discussion on Wednesday morning would not be sufficient. He expressed his support for the comments of Mr Struycken (Netherlands). In particular, he noted that it would not be reasonable to suspend the work on the Convention just because some issues appeared to be irresolvable at present.

Mr Philip (Denmark) said that he would not raise any objections if the delegations of Argentina, Australia, New Zealand and Norway introduced Working Document No 97.

He reminded the delegates that Commission II had been appointed to work on the substance of the Convention, whereas Commission I would discuss the different possibilities as regards the continuation of the project.

He noted that an impressive number of suggestions had been expressed in writing so far. Bearing in mind that this Commission had only been working for eight days, to finish an assignment that usually would require at least three weeks, he saw no reason to feel disappointed about the outcome. He was convinced that nothing spoke against continuing with the work on the Convention for the time being, with respect to its full scope. Commission I would decide on further procedure. One could return at a later stage to the question as to whether it was reasonable to abandon certain issues.

Mr Thue (Norway) reminded the delegates that in June 2000 the Commission on General Affairs and Policy had decided to split the Diplomatic Session into two parts. The first part served the purpose of reaching a preliminary agreement that could be finalised within the second part. Despite the fact that such an agreement was not likely to be reached within the next days, there was still enough substantial understanding in order to continue with the work that had commenced.

M. Bucher (Suisse) reconnaît la qualité des débats qui ont eu lieu. Il regrette toutefois le manque de réelles négociations qui conduit la Conférence à prendre acte de trop nombreuses propositions et, partant, à rendre la lecture de l'avant-projet de Convention particulièrement difficile. Il constate que l'incantation du consensus ne permet pas de masquer les divergences qui existent entre les États contractants et que celles-ci ne pourront être surmontées que si les différentes délégations acceptent d'engager de véritables négociations. Il constate enfin que d'importants progrès ont néanmoins été réalisés et qu'il convient désormais d'établir un échéancier des étapes à venir.

Mr Beaton (United Kingdom) retained the view that the subject was not yet ripe for discussion. However, since the discussion had already commenced, he would expound some thoughts. Although it had become clear that many problems were left to be solved, problems of substance and of perception, he agreed with Mr Philip that the extent of what had been achieved should not be minimised. Problems had been identified and the Commission had also been identifying ways of solving them. At present, it was neither possible to say that the problems were irresolvable, nor that there were solutions to all of them.

Procès-verbal/Minutes No 19

He stated that his delegation did not have the authority to decide on a considerable change of scope, far less to abandon the project as a whole. There was a need to consult at home and to consider the options carefully. He confirmed that the delegation of the United Kingdom wished to continue with the work.

He noted that there should be a prudent look at the provisions on jurisdiction; other issues may be discussed separately. The working methods should be kept as open and as flexible as possible, and also the structure of the text could still be configured differently. There was no reason, however, to reduce the scope that the Convention was aiming at from the beginning. He stressed the importance of a central focus on the Permanent Bureau when taking charge of the project.

He concluded that finding an effective way of proceeding was a matter which Commission I would be dealing with. In any case, the next meeting should not take place earlier than the second half of next year.

The Chair noted that so far all views had expressed that the project should not be abandoned and that it should be continued in one way or the other. He stated that the general discussion carried out here was intended to assist Commission I in its effort to succeed in finding an appropriate *modus operandi* for the future.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with the delegation of the United Kingdom that the project should neither be given up, nor reduced. He stated, nevertheless, that there was a need to focus future efforts. Working Document No 97 contained an attempt to focus efforts. It was designed to ensure that the most important issues, where consensus or near consensus had been found, were captured in a core product that could gradually be added to by items that could not yet, but may in the future, be resolved.

He stated that this project had enormous promise as to predictability, reduction of costs in cross-border transactions and a worldwide enhancement of access to justice. This promise would result in failure if a text was adopted that significant trading nations could not accept, or that was too complicated so that conferring with domestic authorities and interest groups was handicapped.

He reported that, in the course of the negotiations in which he had taken part, he had grown convinced that there were some issues, among them some extraordinary political ones, that still required a deeper understanding of their underlying questions in order to be able to explain them at home and to create appropriate rules that could be used in practice, even by non-specialist lawyers and judges.

Facing this basic problem under notable time constraints, a solution could only be found if the results that had already been achieved so far were "locked in" to the benefit of all cross-border dealings. Even if this basis led to a Convention that would not be much more than a court-based equivalent of the 1958 New York Convention, one could speak of a huge accomplishment. In a next step, one could direct the attention to subjects where future consensus appeared to be promising.

He then gave a brief survey of the minimum contents and the areas for future negotiation and made reference to the more detailed programme set out in Working Document No 97.

He continued by saying that Working Document No 97 was designed to serve as a working method which made clear what had been achieved, how to focus the ambition and where to find the working priorities in the short term. He noted that Working Document No 97 was only one possibility.

He stressed the importance of a widely-accepted Convention that all the trade nations could identify with. He warned the meeting not to be too ambitious, but instead to assemble periodically and benefit from an improved understanding of e-commerce and other evolving substantive issues.

Mr Bennett (Australia) agreed that one could not speak of failure and that it was important to continue the efforts. He expressed his opposition to the option of delaying the project, which had been presented by Mr Kovar (United States of America). He was afraid that the people who had been actively working on the project for so long would gradually be replaced, which might call for re-invention of the will. A delay would especially endanger the understanding that had been reached with respect to most of the issues. He stressed there were only a few major disputes left that still needed to be resolved. Among them, he noted the problem of activity based jurisdiction and the scope of the "black list" of prohibited grounds of jurisdiction where there was major disagreement between the United States of America and the European Community. He offered to mediate, being convinced that the dispute could be resolved by negotiation. The appearance of many square brackets in the text was not a sign of broad contention, but instead a consequence of the proper implementation of the rules of the Hague Conference by the Chair.

Mr Bennett said that at this stage it was substantial to have an instrument that could secure the benefits of what had been achieved and form a platform to move from. An insurance policy was needed and Working Document No 97 could be such an insurance policy. He concluded that, in practice, the Commission could agree on a shorter Convention, which covered the areas of agreement, while the work on the main Convention proceeded.

Mr Dogauchi (Japan) supported the notion of a three-stage process, as it was set out in Working Document No 97, although he said that he needed more time to study the Working Document in detail. To him, it seemed possible that some core provisions could be set up. They therefore needed to be identified.

However, he expressed his delegation's reservations concerning three points that still required further consultations with experts and interested people in Japan: firstly, he could not comment on the exclusion in Article 18(2) *e)* of the preliminary draft Convention; secondly, he would not decide whether intellectual property matters were to be excluded or not; and finally, he would not comment on jurisdiction rules as regards consumer protection.

Mr Boggiano (Argentina) stated that Working Document No 97 was an attempt to develop a new procedure of negotiation that aimed at an effective manner of proceeding on open matters, while highlighting the consensus that had already been acquired. He said that a procedural decision of the Commission was now necessary. He asked the Chair to consider the further steps that needed to be taken.

Mr Kovar (United States of America) said that the debate had been interesting and useful so far. He returned to the three general approaches one could assume, noting that his proposal of delaying the project did not imply an endless delay and that it was only one of the three working options he had outlined before. He said that he had noted proponents of all the other options. As to continuing the project as before, he stated that a realistic and objective appraisal of the achieved progress would reveal that the Convention could not be completed within one more meeting. He noted that he had observed many variants of the scale-back approach and that Working Document No 97 contained some very interesting proposals.

In particular, Working Document No 97 expressed the appealing idea of a "Framework Convention", that consisted of a basic mixed convention with core provisions and, additionally, clearly-identified areas in which a time window for reaching a consensus was inserted. By this means, an issue which left many questions open at present, *e.g.*, intellectual property, could nevertheless already form an integral part of a present Convention, even though its substantive rules could only be elaborated within an appropriate period of time. Mr Kovar noted that this legal technique was already used in other international texts such as the UNIDROIT Framework on Equipment Financing.

Referring to the time schedule set out in Working Document No 97, he warned the delegates to be realistic about the time schedule and that it was not feasible for some proposals to be completed by the year 2002.

Mr Liew (Republic of Korea) could not conceal his disappointment as regards the progress on the project that the delegation of Korea had actively been supporting since the Republic of Korea had become a Member State of the Hague Conference in 1997. In this light, he appreciated the proposals set out in Working Document No 97 which showed an alternative way out of the difficult situation. He said that time was needed to consult with domestic authorities on this matter. In any case, he expressed his delegation's reservations as to Article 22 of the preliminary draft Convention.

The Chair changed the subject and called upon Mr Nygh (co-Reporter) to introduce the questions left open with regard to provisional and protective measures.

Mr Nygh (co-Reporter), referring to Working Document No 95 (Working Group on Provisional and Protective Measures), asked the delegation of Japan whether it wanted to maintain its proposal to simply delete Article 13 of the preliminary draft Convention or to agree to the proposal of the United Kingdom.

Mr Dogauchi (Japan) asked for time to consider the question.

Mr Hartley (United Kingdom) stated that his delegation supported Variant Two of the proposal in Working Document No 95. By excluding provisional and protective measures from the Convention, it could be shown that there was no need for recognition and enforcement. On the other hand, nothing prevented countries from adopting these measures. Since interim payment orders often did not prove to be preliminary, it should be ensured that interim payment orders were covered by the "black list", but at the same time were not subject to recognition and enforcement.

Mr Beaumont (United Kingdom) clarified that interim payments were covered in the "black list" without needing to be covered by the "black list".

Mr Nygh (co-Reporter) noted that he had anticipated this clarification in footnote 7 of Working Document No 95.

Ms Schulz (Germany) stated that she was in favour of Variant One of the proposal in Working Document No 95.

She made clear that the deletion of the reference to Article 13 in Article 17 was an important element of the solution, since it reopened the "grey area" for provisional and protective measures. The proposed Article 13(3) then re-opened the "grey area" and simultaneously precluded the application of the "black list" with regard to any kind of measure listed in the proposed Article 13(4), which encompassed, *e.g.*, freezing orders. However, she suggested that, once the black list was established in its final form, it should be re-examined whether some of its elements should nevertheless apply to provisional and protective measures. In addition, she noted that the word "State" in the last line of paragraph 3 should be changed to "Contracting State".

The wording "court seised" in the proposed Article 13(1) reflected a prevailing hesitation within the Working Group towards the initial Swiss proposal in Working Document No 70 to bestow a cross-border effect on interim measures that were ordered before the proceedings on the merits had commenced. In principle, she strongly welcomed this limitation. Nevertheless, in order to accommodate the wish of some delegations for further flexibility, she suggested that it should be sufficient for future transfrontier recognition and enforcement of a provisional and protective measure under the Convention if the court of origin had actually been seised with the merits of the case by the time recognition and enforcement of the provisional and protective measure was being sought in another Contracting State.

Finally, she outlined the delegation of Germany's position as regards the application of the proposed paragraph 4 of Article 13 to paragraphs 1 to 3, which was reflected in footnote 3 of Working Document No 95.

Mr Dogauchi (Japan) expressed his support for Variant One of the proposal in Working Document No 95 in principle. However, he did not support the notion of the proposed Article 23A. In addition, there should be a "black list" provision on interim measures. Eventually, an exclusion in Article 18(2) *a)* was required in order to ensure a basis for jurisdiction as it was provided within the proposed Article 13(2) with respect to the location of the assets.

Mr Philip (Denmark) drew the attention of the meeting to Working Document No 84 and stated that the document was meant as a discussion paper which reflected the disagreement of the delegation of Denmark with the other proposals set out in Working Document No 95.

He explained that the principal view of the delegation of Denmark was to exclude provisional and protective measures entirely from the Convention. This position modified the view of the United Kingdom in so far as no explicit reference to interim payments should be made, since this was a subtle point and courts might not realise the purpose of such a provision.

As a subsidiary solution, interim measures should only be included in the Convention as far as they could be recognised and enforced in another Contracting State, since the jurisdictional rules of the Convention were eventually designed as auxiliary provisions with regard to recognition and enforcement. The inclusion of mere jurisdictional rules on provisional and protective measures, without any reference to recognition and enforcement, would be an exception to the basic concept of the Convention and should therefore be avoided.

Mr Markus (Switzerland) stated that the delegation of Switzerland preferred Variant One proposed in Working Document No 95 to the minimal approach of Variant Two. The proposed paragraph 1 of Article 13 would only allow recognition and enforcement of provisional and protective measures by the court that had actually been seised. For that reason, the provision could not be described as far-reaching. As regards paragraph 2, the delegation of Switzerland favoured the "may" approach, which could limit jurisdiction for interim measures outside the "white list" area to measures that were restricted to property within the territory of the ordering State or were linked to the main proceedings. The purpose of paragraph 3 was to excise provisional and protective measures from the

Procès-verbal/Minutes No 19

application of the "black list". Finally, unlike the delegation of Germany, he recommended maintaining the reference to Article 13 within Article 17 in order to keep the entire "grey area" open for provisional and protective measures.

Mr Nygh (co-Reporter) raised the question whether the French version "*mesures provisoires ou conservatoires*" effectively meant the same as the English wording "provisional and protective measures".

Mr Mc Ginness (Australia) suggested using the term "provisional and protective" throughout the whole provision.

Mr Philip (Denmark) noted that the Danish proposal in Working Document No 84 intentionally distinguished between "and" and "or". The proposed use of "or" in Article 1 was intended to exclude both.

Mr Möller (Finland) agreed with the proposal of the United Kingdom, which was reflected in Variant Two proposed in Working Document No 95. He noted that it was a question of policy whether the "black list" should also apply to interim payment orders. If Variant Two did not receive sufficient support, Mr Möller would agree with Variant One, provided that paragraphs 2 and 3 made clear that interim payments were not covered.

Mr Vassilakakis (Greece) stated that one should resist the temptation to avoid rules on provisional and protective measures, if the Convention was to be reliable. He said that the delegation of Greece favoured Variant One of the proposal in Working Document No 95. Nevertheless, he pointed out that the application of the proposed Article 13(3) to the cases of Article 10(3) of the preliminary draft Convention could lead to a forum shopping problem.

Mr Musger (Austria) expressed his support for Variant One of the proposal in Working Document No 95.

He then outlined the structure of the policy questions involved: firstly, a decision had to be taken on whether "white list" jurisdiction was to be open for provisional and protective measures. If yes, the proposed Article 23A served as a necessary element with regard to enforcement abroad. In this light, the proposed Article 13(1) could not be isolated from the proposed Article 23A. As soon as one accepted the general notion of enforcing interim measures abroad, the next question was whether to restrict the possible scope of enforceable measures under the Convention. The issues of interim payment orders and the aforementioned application of the proposed Article 13, paragraph 4, to paragraph 1 were all related to this question. Secondly, Article 13, paragraph 2, of Variant One dealt with the "Leiduck" rule. If any policy decision favoured its overruling, the wording "has jurisdiction to" consequently needed to be inserted. Without this wording, paragraph 2 would not have any additional value. Thirdly, the proposed paragraph 3 set aside the "black list". This would mean complete freedom for Contracting States to render provisional or protective measures according to their law. For this reason, paragraph 4 was vitally important also in this context, since it contained further restrictions, *e.g.*, the negative exclusion of interim payments.

He noted that if Variant Two of the proposal in Working Document No 95 were accepted, the question would arise as to what would happen if a "white" forum ordered an interim payment measure. The answer was not clear due to the broad definition of "judgment" in Article 23 that could theoretically also cover interim payments.

Mr Herrup (United States of America) thanked Mr Musger for his helpful structuring of the issue, noting that he, too, had reached similar conclusions. He stated, however, that the delegation of the United States of America would at this stage not decide on a certain policy with respect to provisional and protective measures, but instead would prefer taking as many variants as possible to further domestic consultations with governmental authorities and interest groups.

Mr Hartley (United Kingdom) expressed his appreciation for the way Mr Musger had set out the issues.

In his opinion, the policy differences were relatively small. It was clear that the Convention would not impose any restriction on courts as far as freezing orders were concerned. Conversely, all delegations seemed to be hostile to interim payment orders. The main dispute was whether interim orders should be subject to recognition and enforcement in another State. He maintained that it would normally be easier for a party to apply for a new interim order in the State where enforcement is desired rather than to enforce a foreign one.

Ms Schulz (Germany) stated, in response to Mr Hartley, that the possibility of granting a freezing order in support of proceedings on the merits pending in another Contracting State would not be ensured if the Convention did not contain a provision as was set out in Article 13(2) of Variant One in Working Document No 95. She reminded the delegates that no other Commonwealth States, except those that had joined the Brussels Convention, had overruled the "Leiduck" rule. The provision would make it compulsory, even for those States, to at least provide a jurisdictional basis to order interim measures in support of a proceeding on the merits pending elsewhere. This did not exclude that the ordering of such interim measures could be subject to other conditions under national law apart from jurisdiction.

Ms Schulz asked the delegation of Switzerland whether they really thought that an amendment to Article 17, as proposed by Variant One in Working Document No 95, was unnecessary. This would result in an inevitable contradiction to the proposed paragraph 3 of Article 13. Additionally, the "grey area" would disappear, if the reference to Article 13 were removed from Article 17, since the application of the black list was only precluded by the proposed paragraph 3 for provisional and protective measures taken under Article 13(2).

She concluded that she saw two basic policy issues attached to the subject of provisional and protective measures: one was whether interim measures at all were to be transported to other States and, if yes, under which restrictions, and the second was whether the States were willing to overrule the "Leiduck" rule by statute.

M. Sturlese (France) indique que la situation dans laquelle se trouve la délégation de la France est délicate car aucune des deux variantes proposées dans le Document de travail No 95 ne saurait la satisfaire entièrement. S'agissant de la variante No 1, poursuit-il, elle prend le contre-pied de l'accord qui semblait s'être dessiné au cours des mois précédents et au terme duquel il paraissait acquis que les décisions prononçant des mesures provisoires et conservatoires ne devaient pas circuler. Or, précise-t-il, la délégation de la France considère que ce type de mesures doit avoir un effet territorial. Quant à la variante No 2, M. Sturlese indique que celle-ci présente de nombreux avantages. Il explique, ensuite, que l'exclusion du domaine de la Convention de certaines mesures provisoires ou conservatoires lui paraît regrettable et difficile à comprendre. Ainsi, conclut-il, si la mention figurant au paragraphe 2 de l'article premier de l'avant-projet de Convention excluant les

paiements provisoires était biffée, la variante No 2 pourrait recueillir le soutien de la délégation de la France.

Mr Nygh (co-Reporter) gave a brief impression on how technically complex a draft text would turn out to be if it was supposed to encompass all the policies that had been expressed and all the variations that had been proposed to reflect these policies. However, he promised a text for the next morning.

M. Markus (Suisse) explique à propos de la variante No 1 du Document de travail No 95, qu'à l'inverse de la délégation de l'Allemagne, il considère que le terme « peuvent » conserve toute son utilité au sein du paragraphe 2 de l'article 13, dès lors que la référence à l'article 13 figurant à l'article 17 est également maintenue. En effet, ajoute-t-il, la compétence des États contractants pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires repose dans ce cas exclusivement sur les chefs de compétence prévus par la Convention. Par conséquent, en l'absence de zone grise, le paragraphe 3 qui réserve l'application de l'article 18 devient, selon lui, inutile.

M. Bucher (Suisse) indique que la variante No 2 du Document de travail No 95 soulève également un problème. En effet, l'inclusion des mesures de paiement provisoire au nombre des compétences figurant sur la liste noire conduit à s'interroger sur le chef de compétence en vertu duquel de telles mesures sont prononcées. Or, le Document de travail No 95 manque, à cet égard, de clarté.

Ms Decker (International Federation of the Phonographic Industry) raised a brief question on Article 13(4) *c)* of Variant One in Working Document No 95. She wondered whether the provision also included an order to compel a defendant to carry out a certain act, as maybe the weak French translation "*une mesure porte le comportement*" indicated.

Mr Mc Ginness (Australia), referring to the comment made by Mr Nygh, noted that the views now expressed by certain delegations were contrary to the views they had expressed in the first week of the Diplomatic Session or were inconsistent with the concurrence they had expressed to him on Working Document No 95 as the agreed outcome of the discussions of the Working Group on Provisional and Protective Measures. He suggested that for the purpose of future discussion, the two variants in Working Document No 95 appropriately set out the two main views on the issue.

Mr Goddard (New Zealand) observed that Working Document No 95 contained a slight over-simplification within Variant One by leaving out the choice of deleting the proposed Article 13(1) and Article 23A, which in effect reflected the Edinburgh approach which had been elaborated carefully and with much thought. He asked the co-Reporters to insert this sub-option as well.

Mr Philip (Denmark) noted, in response to Mr Mc Ginness' remark, that the delegation of Denmark had submitted Working Document No 84 on 15 June. He had requested that this proposal be included in Working Document No 95, whereas the Delegate of Australia had replied that an inclusion was not possible.

The Chair affirmed that the co-Reporters would consider all views when composing a draft text.

Mr Morgan (Ireland) pointed out that the Convention would merely have practical significance if it completely left out interim measures. He reminded the delegates that most international cases were settled after an effective provisional measure had been ensured. For this reason, the delegation of Ireland supported a full version of Variant One of the proposal set out in Working Document No 95.

M. Bucher (Suisse) pose une question sur le programme du lendemain.

The Chair said that he was hoping for a Working Document on consumer contracts so that the issue could be dealt with. Additionally, the meeting would discuss the remaining Working Documents on Article 4 and on intellectual property.

M. Bucher (Suisse) rappelle que de nombreux Documents de travail n'ont pour l'heure pas encore été abordés et qu'il serait souhaitable de procéder à un inventaire.

The Chair suggested making a list of Working Documents that had not been discussed yet.

The meeting was closed at 6.15 p.m.

Procès-verbal No 20
Minutes No 20

Séance du mardi 19 juin 2001 (matin)

Meeting of Tuesday 19 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.40 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair said the meeting was indebted to the Working Group on Consumer Contracts. He announced that texts from that Group as well as the Working Group on Intellectual Property would soon be distributed to aid discussion. He then noted that the meeting had yet to discuss Working Documents Nos 26 (France), 61 (France), 93 (Japan) and 96 (Germany).

Mr Struycken (Netherlands) requested the Secretariat to relay the meeting's deepest thanks to His Excellency the Ambassador of Canada for his gracious hosting of the previous evening's reception.

The Chair said that through his own efforts as Chair and friend, together with those of the delegation of Canada, the Ambassador would certainly receive the message. He then asked the delegation of France to introduce Working Document No 26.

M. Sturlese (France) fait remarquer que d'autres délégations que la délégation de la France sont à l'origine du Document de travail No 26. Après que le Président a rappelé que les délégations de la Belgique, du Luxembourg et de l'Irlande

ont également participé à l'élaboration de ce Document de travail, M. Sturlese accepte de prendre la parole au nom de celles-ci pour présenter leur proposition commune.

Il explique que le Document de travail No 26 vise à modifier l'article 12(1) à propos des baux d'immeubles. Il développe l'idée selon laquelle de nombreux pays soumettent les baux à une réglementation locale impérative ou, à tout le moins, complexe. Il en déduit qu'il est nécessaire pour la bonne administration de la justice que ce soit le juge du lieu de situation de l'immeuble qui soit compétent pour statuer sur les litiges auxquels ces règlements locaux sont applicables. Or, il rappelle que l'article 12 de l'avant-projet de Convention exclut la compétence exclusive du lieu de situation de l'immeuble lorsque le locataire n'a pas sa résidence habituelle dans cet État. La proposition du Document de travail No 26 vise à réintroduire cette compétence exclusive, sous réserve que le contrat de bail litigieux ne soit pas un bail de courte durée, c'est-à-dire inférieure à six mois. La proposition tend donc à limiter l'exception faite à la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble par l'introduction d'un critère de durée du bail. M. Sturlese insiste sur le fait que les litiges portent souvent sur des baux commerciaux ou sur des loyers agricoles, domaines dans lesquels la législation nationale contient de nombreuses dispositions impératives. Il termine en faisant remarquer que ce critère de durée est déjà employé dans d'autres instruments internationaux.

Mme Ketter (Luxembourg) précise que le délai est un critère venant quantifier la notion de précarité. Elle souligne l'importance de cette notion et explique qu'elle devrait figurer dans le Rapport et rencontrer l'approbation des autres délégations.

Le Président demande si d'autres personnes souhaitent prendre la parole.

Mr Möller (Finland) did not support drawing a line of limitation at tenancies of less than six months.

M. Matthys (Belgique) soutient la proposition du Document de travail No 26 dont la Belgique est également coauteur. Il rappelle par ailleurs qu'une disposition identique figure déjà à l'article 22 du Règlement Bruxelles I et à l'article 16, paragraphe 1 (b), des Conventions de Bruxelles et de Lugano. En faveur de cette proposition, il invoque le fait que les baux d'immeubles de longue durée ont un régime proche de l'usufruit et établissent un lien direct avec le territoire sur lequel l'immeuble est situé. Il observe également qu'il est important que le problème soit envisagé de la même façon dans les pays de *common law* et ceux de droit civil.

Mme Borrás (Espagne) apporte son soutien à la proposition contenue dans le Document de travail No 26. Elle observe que l'exception au caractère exclusif de la compétence du lieu de situation de l'immeuble se justifie pleinement lorsque le bail litigieux est de courte durée car, dans ce cas, le lien entre l'immeuble et le territoire est faible.

Mr Kovar (United States of America) expressed discomfort with the line drawn at six-month tenancies, finding it artificial and unrelated to real fact. He was reluctant to support clear exclusive jurisdiction restrictions for real property, with exception made for some rental agreements. Mr Kovar instead supported the exclusion of this area altogether from the scope of the Convention, as proposed earlier in Working Document No 4.

Mr Morgan (Ireland) said that the third and fourth paragraphs of the notes in Working Document No 26 outlined the cogent policy considerations underlying the proposal. He explained that land and tenancies were often governed by mandatory rules of the *lex situs*, which were drafted with public policy regarding housing, trade, agriculture and land development in mind. He therefore felt it appropriate for the local court to have exclusive jurisdiction over immovable property within its jurisdiction. Mr Morgan cautioned that periodic tenancies should also be taken into account in the Report, since it would not be appropriate for an ongoing series of week- or month-long tenancies to be treated as a simple tenancy of less than six months' duration.

Mr Morgan admitted that the line drawn at the six-month tenancy was arbitrary in some way, but insisted that it remained a sound policy that exclusive jurisdiction should be given to the court of situs.

M. Bucher (Suisse) présente le Document de travail No 4 visant plus radicalement à exclure les droits réels immobiliers du champ d'application de la Convention. Il fait également mention du Document de travail No 65 qui élargit l'exclusion aux paragraphes premier, 2 et 3 de l'article 12.

Il explique que l'exclusion des droits réels immobiliers est motivée par la considération que les décisions rendues en cette matière seront le plus souvent exécutées sur place de sorte que l'intérêt d'avoir une compétence exclusive appartenant à la liste blanche est en pratique très réduit. Il fait valoir par ailleurs que de nombreux États ignorent ce type de compétence. Dans ces conditions, il juge préférable d'alléger la Convention d'un chef de compétence ne répondant pas à un intérêt particulier.

Concernant les baux d'immeubles évoqués dans le Document de travail No 26, il s'interroge sur les règles de compétence applicables lorsque le bail litigieux sera d'une durée inférieure à six mois. En l'absence de précision sur ce point, M. Bucher suggère que l'article 7, relatif aux contrats conclus par les consommateurs, reçoive application. Cela dit, il souligne alors l'inexplicable différence de traitement qui existerait entre l'homme d'affaires ayant conclu un bail de longue durée, et soumis pour cette raison à un régime très rigide de compétence, et le consommateur ayant conclu un bail de courte durée auquel s'appliquent des règles de compétence plus souples comprenant la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction.

M. Bucher réfute ensuite l'argument selon lequel la compétence exclusive en matière de baux se justifie au regard du caractère impératif de la réglementation locale. Il avance que, d'une part, rien n'empêche l'application de la *lex rei situs* et que, d'autre part, rien ne permet d'affirmer que les baux de courte durée échappent à l'application de règles impératives du lieu de situation de l'immeuble.

En dernier lieu, il souligne la différence entre le contexte européen et celui d'une convention mondiale où il est important d'éviter de s'immiscer trop largement dans les droits nationaux. Au vu de l'ensemble de ces considérations, il conclut donc à l'exclusion des droits réels immobiliers du champ d'application de la Convention et suggère de traiter les baux d'immeubles comme les autres contrats.

M. Tell (Commission européenne) s'oppose fermement au Document de travail No 26 et regrette que la position de la délégation de la Suisse à l'égard des règles de compétence exclusive ait changé au cours du temps.

Il observe que les États de la Communauté européenne sont particulièrement attachés à la nature exclusive de la compétence en matière de droits réels immobiliers. Il rappelle par ailleurs que de telles règles de compétence existent dans les

Conventions de Bruxelles et de Lugano et que de nombreux articles de l'avant-projet de Convention sont applicables sous réserve de l'article 12. Ainsi en va-t-il notamment de l'article 2, de l'article 5, de l'article 17, des articles 21 et 22 et de l'article 26. Il remarque alors que s'agissant d'une règle universellement admise aucune raison ne s'oppose à son adoption au sein de la Convention. Enfin, il estime que l'admission de cette règle de compétence permettrait une harmonisation plus facile de la Convention avec les autres instruments internationaux en facilitant l'effet réflexe des chefs de compétence exclusive prévus par ces derniers.

Mr Möller (Finland) preferred the current text of the preliminary draft Convention. He agreed with Mr Bucher's view to not extend exclusive jurisdiction for tenancy matters. Mr Möller felt that the Swiss proposal to place rights *in rem* out of the Convention was an interesting idea, but he felt it needed more study and discussion for the time being. He also noted that the six-month demarcation was an artificial one rooted in a forced compromise during the drafting of the Brussels and Lugano Conventions, where it had been reached only as a solution to deadlock.

Mr Beaton (United Kingdom) felt that Working Document No 26 raised two main questions: Was the exclusion justified, particularly for the six-month demarcation? Were the internal rules of the European Community being preserved? He expressed concern that the twin objectives of maintaining sensible rules within the Convention while protecting the internal rules of the European Community should not be overlooked. He pointed out that in the United Kingdom, real rights were not acquired within six months. He asked whether something could not be worked out with Working Document No 4. Mr Beaton remarked that taking rights *in rem* out of the scope of the Convention might preserve the internal European regime, but wondered if it was necessary. He suggested that if short-term tenancies were excluded from the scope of the Convention, this would preserve the internal European regime. He added that this had seemed generally acceptable during the informal meetings.

Mr Wagner (Germany) said the aim of the meeting was to reach a consensus and expressed his surprise that there were so many attempts to destroy whatever consensus had already been reached. He reminded the meeting that the preliminary draft Convention was itself a compromise. Mr Wagner said he was reluctant to have exclusive competence regarding tenancies and that he would rather apply the general rules where they were concerned.

Mr Morgan (Ireland) pointed out that in common law nations like the Republic of Ireland, tenancies often last for a substantial period of time, sometimes several hundred years. He said that tenants often acquire rights that are close to freehold. He agreed that because of local rent and tenant control policy considerations, the court of situs should have jurisdiction.

Mr Dogauchi (Japan) said that all countries have rules of exclusive jurisdiction. He agreed that tenancies of immovable property should be excluded from the scope of the Convention.

Mr Liew (Republic of Korea) noted that, in the discussion about habitual residence, the meeting had not referred to a specific period of time. He asked whether substantive rules were relevant in the context of determining length of tenancy and urged the meeting to use caution when specifying a period of time.

The Chair observed that there were more positions emerging than had been voiced at the beginning of the discussion. He noted the great diversity of views reflected in the preliminary draft Convention, Working Document No 4 (Switzerland) and Working Document No 26 (Belgium, France, Ireland and Luxembourg).

Mr Beaton (United Kingdom) remarked, in response to Mr Morgan's (Ireland) point about long-term tenancies, that any tenancy which did not create rights *in rem* should be excluded from the scope of the Convention. He said everything else would be left to national and local law.

M. Bucher (Suisse) rappelle qu'il travaille encore dans un esprit de consensus et qu'il cède donc devant la volonté majoritaire de maintenir une règle de compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers. En revanche, en ce qui concerne les baux, il souligne que l'architecture différente de la Convention de Bruxelles justifie que la solution qu'elle adopte ne soit pas étendue au plan mondial. C'est pourquoi il propose sur ce dernier point que les diverses variantes envisagées figurent entre crochets.

Le Président remercie M. Bucher pour avoir renoncé à l'une de ses propositions dans un esprit de consensus.

Mr Morgan (Ireland) said that businesses frequently have rights of occupation, including the right to insist upon a new tenancy. He did not wish to draw a distinction based on creation of rights *in rem* and preferred to keep the Article basically intact.

M. Tell (Commission européenne) adresse ses remerciements à M. Bucher pour le retrait de sa proposition dans le Document de travail No 4. Il observe toutefois que dans l'hypothèse où la compétence en matière de baux d'immeubles ne serait plus exclusive, une lacune apparaîtrait dans la Convention quant à la réglementation de ce type de contrats.

The Chair reminded the meeting that its discussion would be subject to further review by the delegates themselves and that positions might still change. He asked that delegates remain flexible.

Mr Kovar (United States of America) asked whether Mr Bucher had in fact withdrawn Working Document No 4. He said that, if that were the case, the delegation of the United States of America would like to maintain it. He said that rights *in rem* and tenancies of immovable property should all be excluded from the scope of the Convention. He added that there should not be a rights *in rem* issue here since any such litigation interest would likely be brought to a court *in situs*. With regard to tenancies, he observed that there were too many substantive law variations on the matter and said it was unlikely the meeting could draw a clear line between those which should and those which should not be included. Mr Kovar cautioned the meeting against over-ambition, saying it was more important to work toward a Convention that could actually be completed.

The Chair said he had understood that Mr Bucher had indeed withdrawn Working Document No 4.

M. Bucher (Suisse) répète que son intention se limite au retrait de la proposition contenue dans le Document de travail No 4. S'agissant, en revanche, des baux d'immeubles, il précise que, dans son optique, ceux-ci ne devraient pas être mentionnés dans l'article 12(1), ce qui revient à les soumettre aux règles générales de compétence sur les contrats. M. Bucher s'adresse ensuite aux Observateurs de la Communauté européenne pour leur faire remarquer que leurs préoccupations sur ce plan pourraient trouver une issue favorable grâce à la clause de déconnexion.

Mr Philip (Denmark) said the six-month tenancy period was unrealistically brief and suggested a compromise period of several years.

Mr Möller (Finland) replied that the preliminary draft Convention was already a compromise but agreed that if a second compromise was needed, the tenancy duration should be of several years. He suggested ten years. Mr Möller reiterated, however, that he was reluctant to abandon a pre-existing compromise.

Mr Boggiano (Argentina) asked how a tenancy of six months and ten days would be treated under the provision. He said a longer period of tenancy was also hard to determine and advised the meeting to abandon the attempt.

Mr Siqueiros (Mexico) drew attention to paragraphs 163 *et seq.* of the Report of the preliminary draft Convention, finding its explanation of the reasons for exclusive jurisdiction over rights *in rem* to be enlightening.

M. Pocar (co-Rapporteur) remercie le Président pour avoir rappelé l'existence du compromis réuni autour de la rédaction de l'article 12 dans l'avant-projet de Convention. Il rappelle que la structure de cet article se présente de façon particulièrement claire en ce qu'il prévoit une règle de compétence exclusive pour les droits réels immobiliers et une règle de compétence exclusive pour les baux d'immeubles, limitée à la présence de la résidence habituelle du locataire dans le pays de situation de l'immeuble. *A contrario*, dans les cas où le locataire n'est pas résident dans le pays de situation de l'immeuble, le bail litigieux est soumis aux règles générales de compétence. Il observe que la proposition contenue dans le Document de travail No 26 vise, par l'introduction d'un délai de six mois, à réduire la portée de l'exception consentie au caractère exclusif de la compétence. Il laisse aux délégations le soin de décider si elles jugent préférable de maintenir une exception fondée sur la résidence du défendeur ou si elle souhaite réduire encore la portée de cette exception par l'introduction du concept de précarité.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) soutient le maintien de l'article 12 tel qu'il figure dans l'avant-projet de Convention. Elle considère que l'application de cette règle aux baux d'immeubles se justifie afin d'éviter des problèmes de qualification, dans la mesure où ces baux donnent naissance à des droits réels immobiliers, à l'égard de certains systèmes juridiques. En ce qui concerne la durée du délai, elle rappelle que la fixation d'un délai correspond rarement à un concept rationnel en droit.

Mr Kovar (United States of America) remarked that the status quo of international instruments did not include rules regarding exclusive jurisdiction for claims on immovable property. He said that it should not be problematic to keep such matters outside the scope of the Convention for the time being either. He said that it was important to consider the relationships between Article 12(1), the internal rules of Europe, and the Brussels and Lugano Conventions. Mr Kovar reminded the meeting, however, that the Convention was to have worldwide scope. He noted the many divergent views concerning how laws dealing with tenancies might be harmonised and asked if this were not itself a strong reason to exclude such matters from the scope of the Convention.

The Chair asked if it would be acceptable to add bracketed words to the preliminary draft Convention text and address the divergent views in a footnote.

Mr Nygh (co-Reporter) said this approach seemed to be the only possible option.

The Chair opened discussion on Working Document No 61 (France).

M. Sturlese (France) présente le Document de travail No 61 proposé par la délégation de la France. Il fait part du soutien informel dont bénéficie ce Document de travail auprès de nombreuses délégations.

Il rappelle que dans l'avant-projet de Convention, l'article 2 autorise deux parties résidant dans le même État à conclure une clause attributive de juridiction et donc à déférer un litige purement interne à un tribunal étranger. Or, il signale que la possibilité ainsi reconnue aux parties de soustraire un litige interne à la compétence de ses juges naturels est de nature à poser des problèmes d'ordre interne à la France. Il fait valoir par ailleurs qu'une part de la doctrine internationale postule une condition d'internationalité du litige. Il termine en expliquant que l'objet du Document de travail No 61 est précisément d'introduire une telle condition d'internationalité du litige dans tous les cas où les parties ont procédé à une désignation conventionnelle du for.

Mr Boggiano (Argentina) supported Working Document No 61. He said the proposal would prevent the enormous problem of having all domestic contracts submitted to foreign jurisdiction.

Mr Möller (Finland) said it was unclear what was meant by international nature. He found basing international nature solely on whether the parties had habitual residence in different States to be too limited. He also expressed concern that determination of international nature would lead to complicated and conflicting procedures. For these reasons, Mr Möller said he could not yet support Working Document No 61.

Mr Hu (China) agreed that there were many national policy choices to consider with respect to choice of forum clauses. He said that these policy issues were more related to Article 4 and recalled the meeting's discussion of Working Document No 28.

Mr Beaumont (United Kingdom) said that simply accounting for States of habitual residence of the parties when determining international nature did not accurately reflect modern international business transactions between large companies. He gave the example of two companies based in the United States of America entering into a contract relating to business done in London. Mr Beaumont felt that the companies should be free to select an English court if they felt such a forum would somehow be more expedient or neutral, especially if their home forum was artificially based on habitual residence or place of registration.

Mr Musger (Austria) said that under the French proposal, if both parties to a dispute were habitually resident in the same State and had entered a choice of forum clause stipulating courts of a second State, grey list jurisdiction would be invoked and the preliminary draft Convention would not apply. Competence would be decided based on national law if brought to either court. Mr Musger commented that because of inevitable *lis pendens* and *forum non conveniens* implications, he was not sure Working Document No 61 should be adopted.

Mr Kovar (United States of America) said that Working Document No 61 made both a simple proposal and raised several potential problems. He suggested the proposal be placed in brackets.

Mr Dogauchi (Japan) said he could not support Working Document No 61. He said it was important for business to

have clear rules regarding choice of forum clauses. The proposal was an additional limit to Article 4(1). He said permissibility should be controlled by the Convention itself, lest predictability in international business be undermined.

Mr Philip (Denmark) remarked that the meeting should adopt the proposal in Working Document No 61 if it aimed to encourage businesses to enter into arbitration instead of litigating in courts.

Mme Borrás (Espagne) exprime sa sympathie à l'égard du Document de travail No 61 mais reconnaît tout de même que les arguments invoqués en sa faveur par la délégation de la France ne sont pas convaincants. En revanche, elle s'avoue davantage persuadée par les observations formulées à l'encontre de cette proposition par les autres délégations et, en particulier, par le Royaume-Uni. Elle remarque que la notion d'internationalité est particulièrement difficile à définir et qu'elle le sera d'autant plus lorsque le litige concernera des personnes morales pour lesquelles l'article 3 de l'avant-projet de Convention prévoit quatre critères différents pour déterminer leur résidence habituelle.

Mr Boggiano (Argentina) said that Working Document No 61 touched upon one of the main points of the preliminary draft Convention. He said he was persuaded that the amendment to Article 2(1) was necessary to prevent all domestic cases from being submitted for foreign jurisdiction.

Mr Hu (China) asked whether delegates' objections to the proposal in Working Document No 61 related to technical or policy issues. He identified a technical difficulty in defining "international nature" and in gauging effect on the other Contracting State. He also noted the policy question regarding whether substantial validity of a choice of forum clause was to be determined by the Convention or by national law. Mr Hu felt this question was not resolved in Article 4. He recalled the example of two parties habitually resident in the same State and who had chosen a foreign court as desired forum. Mr Hu said this arrangement would be workable if there was no need for a judgment rendered by the foreign court to be recognised or enforced in the parties' home State where the domestic law of the home State prohibited choice of foreign forum clauses in purely domestic cases. He pointed out that this would present a serious policy difficulty for the home State of the parties, which might then be forced to challenge the substantial validity of the clause. Mr Hu said he nevertheless supported the substance of the French proposal, despite the technical difficulties it posed.

Mr Siqueiros (Mexico) said he strongly supported Working Document No 61. He said the international nature of the matter must be asserted according to paragraph 1 *a)*. He added that such a provision was not only convenient, but necessary.

Mr Liew (Republic of Korea) said that the determination of international nature should be decided by the chosen forum. If that is the case, he explained that it was unlikely a Korean court would not find international nature in a contract which was enacted between two foreign parties wishing to choose the Republic of Korea as a forum. Mr Liew continued by saying that, under these circumstances, to decide whether to entertain the case, a court would finally resort to answering the question of whether a substantial connection existed between the dispute and the forum selected. He reminded the delegates that there already had been an agreement not to require any substantial connection between the dispute and the forum selected in Article 4, and suggested that the issue of international nature raised in Working Document No 61 be dealt with in the much wider context of the abovementioned connection between the dispute and the selected forum.

M. Droz (expert consultant) souhaiterait faire part de sa surprise en tant qu'expert à propos du débat portant sur la condition d'internationalité du litige. Il rappelle que lors de la rédaction de son premier ouvrage sur la Convention de Bruxelles, il avait fait l'objet de nombreuses critiques en soutenant qu'il était inutile d'exiger que le litige présente un caractère international pour permettre aux parties de conclure une clause attributive de juridiction en application de l'article 17. Il souligne que de telles critiques lui avaient encore été réitérées en 1993 à l'occasion du colloque donné en l'honneur des vingt ans de la Cour de justice des Communautés européennes. C'est pourquoi, il s'avoue très surpris aujourd'hui que la position contraire soit largement défendue. Il rappelle que dans les pays européens cette condition d'internationalité est généralement exigée et sous-entendue bien que non écrite. Néanmoins, il souligne que depuis que les Conventions européennes sur la compétence sont en vigueur, aucun tribunal n'a encore été saisi de ce problème. Il termine donc en s'interrogeant sur l'intérêt réel d'une telle condition.

M. Sturlese (France) concède que la définition de l'internationalité pose des problèmes techniques mais insiste néanmoins sur l'importance de l'exclusion des litiges internes du domaine de la Convention au regard des préoccupations politiques que suscite la solution contraire. Pour cette raison, une disposition entretenant une ambiguïté ne lui semble pas opportune. Par ailleurs, il observe que l'ensemble des exemples soumis par les autres délégations couvraient toujours des cas dans lesquels la jurisprudence française aurait reconnu un caractère international au litige.

Il se propose de répondre à la préoccupation liée à la définition de l'internationalité du litige par la mise en place d'un faisceau de présomptions propres à cerner cette notion. Il explique aussi qu'une autre voie possible serait de considérer que l'article 4 de l'avant-projet ne concerne pas la question de l'admissibilité de la clause attributive de juridiction, qui resterait soumise au droit national. Une troisième alternative, enfin, pourrait être de supprimer le paragraphe premier de l'article 2. Il reconnaît que ces propositions ne sont pas sans poser de problèmes non plus, mais présentent le mérite de répondre aux préoccupations des délégations soutenant le Document de travail No 61.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se prononce en faveur de la limitation du champ d'application de la Convention aux litiges internationaux. Toutefois, elle exprime des doutes quant à la possibilité de définir convenablement la notion d'internationalité d'un litige. Elle remarque à cet égard que plusieurs instruments se sont risqués à cet exercice difficile pour aboutir à des définitions qui ne sont pas concordantes entre elles. Elle ne trouve pas non plus une bonne méthode de se référer au caractère international d'un litige sans en préciser les éléments. En conséquence, la solution visant à la suppression du paragraphe premier de l'article 2 lui apparaît comme étant la plus souhaitable. Elle lui reconnaît l'avantage de répondre aux préoccupations de la délégation de la France tout en évitant de devoir définir la notion d'internationalité d'un litige et sans pour autant modifier le champ d'application territorial de la Convention. Elle termine en expliquant que cette solution conduirait en pratique à permettre à chaque État de prendre position sur la validité des clauses d'élection de for dans les cas où les deux parties ont leur résidence habituelle dans cet État.

Mr Kovar (United States of America) stated that he was not eager to concretely define international nature. He said the deletion of Article 2(1) *a)* was a possible way to resolve the issue of competing litigation results and definitional problems. He noted, however, that in cases where a company had a local subsidiary that wanted to sue a local supplier, a

valuable option would be lost if the provision were deleted. Mr Kovar said he found the Korean suggestion of leaving the determination of the international nature of a dispute to the court selected in the parties' choice of forum clause attractive. He asked that the co-Reporters note this possibility in the Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II.

M. Bucher (Suisse) s'oppose à la proposition formulée à l'article 2(1) *a)* du Document de travail No 61. En particulier, il estime que la mise en œuvre de cette solution est particulièrement inopportune à l'égard des personnes morales dont la résidence est définie à l'article 3 de l'avant-projet par quatre critères alternatifs. Il illustre son propos par l'exemple de deux sociétés résidant au Panama et faisant des affaires en dehors du territoire. D'après lui, elles ne pourraient pas conclure de clause attributive de juridiction si une condition d'internationalité du litige était imposée. Il estime que la rédaction de l'article 2(1) *a)* devrait être modifiée.

Au demeurant, il suggère que l'article 22 de l'avant-projet de Convention pourrait répondre au problème soulevé. Il explique en effet que s'il est admis que l'article 22 joue dans les situations internes, il est envisageable d'avoir recours à cet article lorsque le litige est purement interne. Il reconnaît que cette solution reste insuffisante pour satisfaire les attentes françaises mais souligne qu'elle répond en revanche aux préoccupations de la Corée et des États-Unis d'Amérique.

The Chair asked the meeting if the additional words proposed in Working Document No 61 might be placed in brackets in the text of Article 2(1) *a)*. He said the notes would reflect the additional views regarding deletion of the provision and the suggestion of the delegation of Korea. He then opened debate on Working Document No 93 (Japan).

Mr Dogauchi (Japan) explained that the language presented in Working Document No 93 had appeared in Article 18 of the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure and Article 15 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice*. He said that Article 31 dealt with costs of proceedings in a way that provided one-sided protection for the plaintiff. Mr Dogauchi noted that if the resulting judgment favoured the defendant, the defendant might still have to enforce the judgment on payment of costs in a separate forum. He said that in such a case, "an order for payment of costs and expenses of proceedings, made in one of the Contracting States against any person exempt from requirements as to securities, bond or deposit by virtue of paragraph 1 shall, on application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable without charge in any other Contracting State". Mr Dogauchi asked why this provision was included in the 1954 and 1980 Conventions and not in the preliminary draft Convention.

The Chair noted that the section regarding "securities, bond or deposit" was left out of the French version of the Working Document.

M. Bucher (Suisse) se demande si l'ensemble des délégations ont bien saisi la portée de la proposition formulée dans le Document de travail No 93. Il avoue être très dubitatif à l'égard de cette proposition visant à faire reposer les frais de l'exécution sur l'État requis en particulier lorsque ceux-ci sont particulièrement élevés.

Mr Beaumont (United Kingdom) asked how one would separate the rendering of an order for expenses and the rendering of enforcement for the principle sum and interest.

Mr Brand (United States of America) said that filing fees in the United States of America were reasonable. He said the proposal might make it difficult to carve out exempt cases.

Mr Dogauchi (Japan) noted that the 1954 Civil Procedure Convention and the 1980 Access to Justice Convention also covered commercial cases. He asked why the cost provision should not also be included in this Convention. He added that he was concerned with cases in which the final judgment was a simple dismissal and for the costs of proceedings. Under the preliminary draft Convention, a winning defendant might then be obliged to go to another Contracting State in order to have the judgment enforced. Mr Dogauchi said that, in this case, the proposal aimed at striking a reasonable balance with the existing rule in Article 31.

Mr Musger (Austria) pointed out that Article 31 covered only *exequatur* proceedings. He explained that if a judgment creditor came to Japan, asking for the judgment to be recognised or declared enforceable there, no security could be required from him. He agreed that in such a case, a decision on the costs of the winning defendant should be declared enforceable in all Contracting States without any additional charges. But there were no comparable restrictions concerning security in enforcement proceedings in the narrow sense of the word. Therefore it would be possible to require a security for such proceedings, and there would not be any justification for a cost-free declaration of enforceability abroad. He said that he did not read the Japanese proposal in the sense that it should include such costs, *e.g.*, bailiff fees.

M. Sturlese (France) déclare partager les préoccupations de la délégation du Japon. Il observe que normalement la suppression des garanties de paiement des frais de procédure à l'égard des plaideurs étrangers trouve sa contrepartie dans un exequatur gratuit des frais et dépens. Il rappelle que cette solution est celle qui a été adoptée dans l'article 18 de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile* et dans l'article 15 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*. Il précise néanmoins que dans les Conventions suscitées l'exequatur est non seulement gratuit mais automatique. Or il estime que si la gratuité de l'exequatur n'est pas impossible au sein de la Convention, en revanche, l'automaticité de l'exequatur risque de déséquilibrer le compromis atteint dans l'article 33 de l'avant-projet. Il insiste donc sur la nécessité de rédiger autrement la proposition du Document de travail No 93 afin qu'il soit bien clair que la gratuité de l'exequatur est seule admise et qu'en aucun cas l'équilibre atteint dans l'article 33 n'est remis en question.

Mr Dogauchi (Japan) replied that even in enforcement proceedings, a winning defendant incurred some cost. He explained that the proposal in Working Document No 93 was not intended to affect autonomous enforcement of a judgment. He noted that the actual Working Document featured unintended omissions of the text contained in the 1954 Civil Procedure Convention and the 1980 Access to Justice Convention. Mr Dogauchi then said he would be satisfied if the co-Reporters made a note of the proposal in their Report.

Mr Nygh (co-Reporter) agreed that this could be done.

The Chair opened discussion on Working Document No 88 (Netherlands and Japan).

Mr Dogauchi (Japan) said that he had been struck by the important ideas presented in Working Document No 53 which had been discussed earlier in the meeting. He noted that Article 28(1) *d)* covered cases in which the defendant did not receive service of notice in sufficient time, but still managed

to appear in a foreign court and won a favourable judgment. Mr Dogauchi said that the current provision would in fact permit a losing defendant to block the enforcement of the judgment later in a second Contracting State by raising the issue of insufficient notice for the first time. He said that this unfairness in the Convention should be addressed.

Mr van der Velden (Netherlands) said the Dutch proposal in Working Document No 53 had benefited greatly from the clarifying input from the delegation of Japan. He said the intention had not been to reduce the rights of the defendant to contest jurisdiction or other substantive matters. It was only intended to address silence on the issue of insufficient notification and to preclude a defendant from raising it as an argument at the enforcement stage.

Mr Beaton (United Kingdom) stated that it was the general policy of the United Kingdom that, whenever possible, a defendant should have asserted all points of defence in the court of origin. He said the drafting of Working Document No 88 required some further clarification. Mr Beaton offered the situation of a defendant who received insufficient service but appeared anyway, not making issue of the notice defect. He said that specific reference to such failure to contest in the court of origin should be made in the draft. He noted that cases in which a decree in absence passes also raised similar drafting questions.

Mr Nielsen (Denmark) supported the principle behind Working Document No 88 but felt that words should be added to clarify specific cases in which the defendant actually appeared. He also mentioned that he shared Mr Beaton's policy concerns, but that these could be considered at a later stage.

Mr Liew (Republic of Korea) noted that Working Document No 88 was relevant to the previous discussion concerning the lawfulness of service. He questioned the basic assumption that notice was important merely so that the defendant could present his case in court. Mr Liew said the true concern should be whether the defendant had sufficient time to prepare a proper defence. He noted the further technical difficulty of judging whether one actually enjoyed sufficient preparation time. He was thus hesitant to support the proposal.

Ms Schulz (Germany) supported Working Document No 88. She said it was not desirable to extend the proposal to default judgments, explaining that while it might seem unfair to allow a defendant to raise the service issue in a later court at the enforcement stage, it would often be the case that, because of belated service, the defendant could not have prepared and the original judgment could no longer be set aside. If, however, a defendant had proceeded on the merits, Ms Schulz felt it would be unfair to the plaintiff to have a procedure continue for years, only to see the defendant contest service at the recognition and enforcement stage. She said this would be abuse of a right on paper. She therefore supported exclusion of the right to challenge later if the defendant had proceeded on the merits in the court of origin.

Mr von Mehren (United States of America) observed that some systems retained an irrebuttable presumption of notification. There was no reason for a defendant to attempt to contest insufficient notice if local law did not provide for such a protest. Mr von Mehren said that, in situations where the defendant had reason to raise insufficient notice as an issue in the court of origin, the proposal of Working Document No 88 reached the correct result. Failure to raise insufficient notice as an issue for reasons of procedural futility, however, should not lead to a deprivation of the defendant's protection later.

M. Bucher (Suisse) suggère pour répondre à l'objection soulevée à juste titre par M. von Mehren que les termes «alors qu'il avait la possibilité de le faire» soient ajoutés à l'article 28(1) *d)* du Document de travail No 88.

Mr Musger (Austria) asked whether local rules of service would actually apply, as alleged by Mr von Mehren. He said that Article 20 seemed to set an autonomous standard. In all cases where the defendant was not from the forum State, he should be able to raise the issue of service, regardless of local rules.

Mr Beaton (United Kingdom) agreed it was logical that where the preliminary draft Convention had provided notice standards, the defendant would be held to them. He remarked that in Scotland, a defendant's appearance cured any defects in service of notice, but he could still take issue with jurisdictional matters. With regard to default judgments, Mr Beaton said he was willing to limit the provision in Working Document No 88 to the defendant's appearance only.

Mr van der Velden (Netherlands) said he would be happy to leave suggestions about appearance to the Drafting Committee. With regard to Mr Bucher's proposal to add "if he had the opportunity to do so" to Article 28(1) *d)*, he said he tended to agree with Mr Musger that Article 20 should suffice, but that this could be left for further discussion.

Mr von Mehren (United States of America) suggested that language should be added, basing the defendant's ability to contest insufficient service at later stages on whether the law of the original forum would have permitted such a contest.

M. Bucher (Suisse) répond à M. von Mehren qu'il est inutile de se référer à la loi applicable. Il explique en effet que la possibilité pratique comme juridique pour le défendeur de contester la notification dans le tribunal d'origine serait prise en considération par l'adjonction des termes «alors qu'il avait la possibilité de le faire».

Mr von Mehren (United States of America) replied that the law permitting was important because it determined whether the defendant had any real chance to object. He said that if it would have made no sense for a defendant to irritate a judge in the court of origin with an impermissible objection to insufficient notice, this should be taken into account at later stages of litigation.

The Chair suggested that interested parties consult and rework the language of the proposal, then re-submit it for further discussion as soon as possible. He moved on to Working Document No 96 (Germany).

Mr Wagner (Germany) explained that Working Document No 96 reflected the view that the black list of prohibited jurisdiction was a pillar of the preliminary draft Convention. He said that German citizens were growing alarmed by the broad use of exorbitant jurisdictions in certain parts of the world. Mr Wagner expressed concern about the recent attempts to reduce the list of prohibited grounds of jurisdiction. He said he was thus forced to submit this proposal to delete Article 18(2) *a)*.

Mr Möller (Finland) asked what should be on the black list. He stated that it was important to see the list as a whole and not to pick it apart ground by ground. He suggested the proposal be put in brackets and saved for later discussion.

Mr Kovar (United States of America) said that it was possible to conclude from its desire to delete certain grounds of exorbitant jurisdiction that Germany was no longer in favour

of a mixed convention. He said acceptance of Working Document No 96 would signal the ability of every delegation to target and bracket separate elements of jurisdiction. Mr Kovar said that he, for example, would automatically wish to bracket tag jurisdiction. Instead, he suggested Article 18 be bracketed in its entirety.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed that placing Article 18 in brackets was a sensible idea for the moment. He noted that the United States of America had submitted Working Document No 33 earlier in an attempt to eliminate certain aspects of the black list. Such an approach was abandoned because of the realisation that the list of prohibited grounds of jurisdiction was a package and had to be dealt with as such. Any attempt to break it into parts would be moving backwards. He reminded the meeting that the purpose of the provisions was to assure that a defendant would not be dragged into court for exorbitant reasons. Mr Beaumont agreed that Article 18 should be temporarily placed in brackets. He also said he looked forward to constructive discussion of it in the near future.

Mr Siqueiros (Mexico) expressed surprise at Working Document No 96 and its proposal that Article 18(2) *a)* be deleted. The first prohibited ground of jurisdiction, presence or seizure of defendant's property within the State, was of utmost importance. He could not conceive of the purpose of excluding it from the black list.

Mr Philip (Denmark) made a point of order as per Mr Beaton's (United Kingdom) intervention, suggesting that debate on the Working Document should be closed.

Mr Wagner (Germany) stated for clarification's sake that the proposal was a reaction to the earlier discussion of Article 18. He confirmed that he still supported a mixed convention and that a large black list was necessary.

The Chair noted that debate had begun and ended with insistences that Article 18 be regarded as a whole package. He said a balance must be struck with regard to prohibited grounds of jurisdiction and national policy concerns. He said the meeting should consider Article 18 placed in brackets and expressed a desire to address the topic again in the near future.

The Secretary General informed the meeting that Working Document No 98 (Provisional Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II) was being distributed and would replace Working Document No 89.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 21

Minutes No 21

Séance du mardi 19 juin 2001 (après-midi)

Meeting of Tuesday 19 June 2001 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 45 sous la présidence de M. Smith (Canada), les co-Rapporteurs étant M. Nygh (Australie) et M. Pocar (Italie).

Le Président souhaite la bienvenue aux professeurs Lagarde (Commission internationale de l'état civil) et McClean (Commonwealth Secretariat).

He noted that due to time constraints, it would be very difficult for the meeting to consider and discuss all the Working Documents submitted by the delegations. He suggested that the meeting start with a discussion of issues related to intellectual property rights and consider Working Document No 102 submitted by the Informal Working Group on Intellectual Property. The discussion would then turn to the questions of *lis pendens* (Art. 21 of the preliminary draft Convention) and the exceptional circumstances under which a court can decline jurisdiction (Art. 22 of the preliminary draft Convention), on the basis of Working Documents Nos 56 (Switzerland), 103 (United Kingdom) and 105 (New Zealand). Finally, the question of the disconnection clause would be addressed, on the basis of Working Documents Nos 99, 100 and 101 (United States of America). If there was enough time, he suggested that the meeting also discuss the issue of consumer and employment contracts.

The Secretary General informed the meeting that Working Document No 104 would be distributed shortly, as soon as the French version was ready.

M. Bucher (Suisse) indique que le Document de travail No 104 (Groupe de travail informel sur les contrats conclus par les consommateurs) est long et important et qu'en raison de sa distribution tardive, il conviendrait de n'en débattre que mercredi, les délégations n'ayant pas été en mesure de préparer sérieusement la discussion.

The Chair accepted the suggestion of the Delegate of Switzerland and invited the meeting to turn to the issue of intellectual property rights on the basis of Working Document No 102 submitted by the Informal Working Group on Intellectual Property.

Ms Schulz (Germany) explained that Working Document No 102 contained two options. The first was essentially based on the proposal made by the United Kingdom in Working Document No 68. The second option carried over the solution suggested by Switzerland in Working Document No 65. She noted that the basic difference between the two approaches concerned the allocation of jurisdiction for infringement of intellectual property rights. Under the first option, the courts of the Contracting State where the right had been granted or registered would have exclusive jurisdiction to rule on

infringement of these rights. The second option would only grant exclusive jurisdiction for actions concerning the validity or nullity of the intellectual property rights. Proceedings which have as their object the infringement of these rights would fall under the other grounds of jurisdiction of the Convention.

She then noted that the Informal Working Group had been asked to attempt to marry both options where they did not differ on substance and to find common words at least for the issue of validity and nullity, where there seemed to be a consensus among delegations to grant exclusive jurisdiction to the courts of the Contracting State where the right had been granted or registered. Merging the two proposals on this point had, however, proven difficult because of drafting problems. In particular, it appeared that there was no agreement on the words to be used in the text to make reference to the object of the proceedings for which exclusive jurisdiction should be granted. It had proven impossible to reconcile the two proposals because of the variety of words and expressions used, such as "nullity", "invalidity", "revocation" or "annulation". She also explained that the Working Group had not changed the wording of the second option contained in Working Document No 65.

Turning to the first option, she noted that the changes suggested by the Informal Working Group to the proposal contained in Working Document No 68 had been underlined in Working Document No 102. The provisions on patents and registered marks had been merged into a single paragraph. Paragraph 4 of Article 12 referred to the concept of "mark" and not to that of "trademark" to ensure that service marks were also covered by the provision. The French concept of "*marque*" would as such be sufficient to cover both rights. She also noted that paragraph 4 had not been expressly limited to proceedings relating to registered marks, but that this limitation followed implicitly from the existence of paragraph 5 which dealt expressly with unregistered marks. The second option took quite a different approach in that it was limited to registered rights. Paragraph 1 of Article 12, as found in this option, mentioned only proceedings concerning rights which are subject to registration or other forms of deposit. A footnote mentioned, however, that it would have to be examined whether unregistered trademarks would have to be included in this category. She observed that a third category of rights was not covered by the second option, not even by the mention in the footnote. This third category concerned rights which may be registered but for which registration is not an obligation.

Ms Schulz noted that it was very difficult to find exact words covering all possible hypotheses. She then reminded the meeting of the reasons why it had been suggested to grant exclusive jurisdiction for proceedings involving infringement to the court of the State where the rights alleged to be infringed had been registered. In the first place, technical reasons pleaded in favour of the rule, since in matters of intellectual property rights the procedure and the substance were deeply intertwined. It would therefore be difficult to ask the court of one State to rule on the infringement of a right granted by another State. She also explained that intellectual property rights were of a strict territorial nature and that the court having jurisdiction should be close to the territory where the rights were used. These rationales also applied to unregistered rights and it was even more important for these rights that the court be close to the territory where the rights had been granted. For these reasons, the first option suggested concentrating on the proceedings relating to the infringement of industrial property rights in the State where the rights had been registered. For marks not subject to registration, the first option followed the suggestion made by the International Trademark Association in Working Document No 59 to grant jurisdiction to the State for whose territory protection is sought. She concluded that territoriality was a decisive factor for the existence of jurisdiction, both for validity and for infringement.

Turning to paragraph 7 of Article 12 in the first option, she noted that it would extend the system put in place by this provision to other rights of industrial property which are registered, such as rights granted to plant breeders or relating to semi-conductors or integrated circuits. She observed, however, that this was only a suggestion which needed to be studied and required consultations with experts in the different countries before any final decision could be taken. She added that it would be necessary to decide whether every intellectual property right deserved a specific treatment. Paragraph 8 of Article 12 in the first option was only a place marker to remind the meeting that the question of the validity of a right could be raised not only before a court, but also before a patent office or a similar agency. The question needed to be asked whether proceedings of this kind would also fall under the Convention and whether the decisions taken by these agencies should be recognised and enforced under the Convention. Some delegations had expressed the view that decisions taken by these agencies should be covered by the Convention and should benefit from the provisions on recognition and enforcement. She noted that this question was related to the exclusion of administrative issues from the scope of the Convention. It would be necessary to look not at the identity of the court or body, but rather at the nature of the case in order to assess whether or not it concerned a civil dispute.

Turning to paragraph 6, she noted that it represented an attempt to define the difficult concept of the incidental question. According to this provision, it would be possible for a court, other than the court of the State where the litigious intellectual property right had been granted or registered, to hear a claim raising an issue of validity, registration abandonment, revocation or infringement of the right, provided that this question arises as an incidental matter. Accordingly, a claim could, for example, be brought before the forum of the defendant in application of Article 3. It was felt that it would be overly restrictive to prohibit this court from deciding on the incidental question because of the exclusive nature of the jurisdiction of the court of the State where the litigious intellectual property right had been granted or registered. Questions regarding the validity or the nullity of these rights were indeed raised automatically in proceedings concerning infringement. Because invalidity was a common and natural defence in infringement cases, infringement had been included in the scope of exclusivity. However, the issue of validity could also arise incidentally in other proceedings where the relief sought related to something completely different. It would paralyse all litigation if the court seised then had no jurisdiction to hear the case. Even though, in principle, the court of the State where the right had been created had an exclusive jurisdiction to hear claims alleging the invalidity of the right, paragraph 6 made an exception so that other courts could also rule when this question was raised as an incidental question. Paragraph 6 offered a definition of the incidental question, stating that a matter arises as an incidental question if the court is not requested to give a judgment on that matter, even if a ruling on it is a necessary step in the reasoning that leads to the judgment. She added that the exception created in this paragraph would, without any further provision, necessarily have an influence on the future relationship between parties. Under some national laws, a decision on an incidental question could bind parties in future litigation, for example under the doctrine of collateral estoppel (issue or claim preclusion). This could create problems because it might even prevent the parties from obtaining a ruling of the court of the State of registration on the issue of validity or infringement,

Procès-verbal/Minutes No 21

thereby affording an opportunity for evasion of the exclusivity provisions. She gave the following example to illustrate this problem: if a party (the licensee and, at the same time, the pirate) entered into a license agreement with a trademark owner and sued the owner in a country other than the country of registration of the trademark, asking for declaratory relief that he did not owe any money to the trademark owner under the agreement because the trademark was not valid, the court would have to decide incidentally on the question of the validity of the trademark as an incidental question; the licensee would then obtain a judgment which could be used to prevent the trademark owner from asking the court of the State of registration to rule on infringement. The judgment would indeed be binding between these two parties, and in some systems the ruling on the incidental question would also be binding under the doctrine of collateral or issue estoppel. The Informal Working Group had attempted to deal with this problem raised by the International Trademark Association by adding a new sentence to paragraph 6 of Article 12. In substance, the new rule would deprive the ruling on the incidental question from any binding effect in future proceedings, even if they are between the same parties.

She concluded by mentioning that the French text of Article 12 in Option I left the choice between different concepts. These concepts were to be considered as simple suggestions, which could be modified after consultations with French-speaking experts in the field of intellectual property rights.

Mr Hartley (United Kingdom) stated his appreciation for the work undertaken by Ms Schulz as Chair of the Informal Working Group on Intellectual Property. He noted that the text of the first option in Working Document No 102 replaced the proposal made by the United Kingdom in Working Document No 68. He added that, in his opinion, it would not be overly difficult to reach a final agreement on the basis of this text, as most of the square brackets left in the text concerned only minor questions. In any case, most delegations in the Informal Working Group (Australia, Austria, France, United States of America, United Kingdom and experts from industry organisations) had expressed approval for the first option appearing in Working Document No 102. He added that this document constituted a significant step towards agreement.

The meeting was faced with a last important policy choice in the decision as to whether or not the exclusive jurisdiction of the court of the State of registration should extend to actions on infringement of intellectual property rights. Working Document No 102 summed up the two options on this issue. If an agreement could not be reached, he suggested the meeting consider allowing Contracting States to opt out of the provisions of the Convention relating to intellectual property rights. In this case, they could assert jurisdiction according to their national law and would not be required to follow the rules of Article 12. At the same time, their judgments would not benefit from the provisions of the Convention on recognition and enforcement. He stated that such a drastic solution should only be considered if no agreement could be reached.

Mr Hartley added that the compromise reflected in Working Document No 102 was probably the best solution the meeting could achieve in the present circumstances. It would be necessary to come back to the issue at a later stage and to choose between the two options. Future discussions should also consider the question of copyrights. As far as these rights were concerned, Mr Hartley suggested that the Convention could exclude the questions of infringement of copyrights in an online environment. It would then be easier to achieve an agreement.

M. Bucher (Suisse) fait part de son respect pour le travail accompli par le Groupe de travail informel sur la propriété intellectuelle, mais déplore l'absence de tentative de rapprochement des textes proposés (Doc. trav. Nos 65 et 68), alors que cet effort relevait de la mission de ce Groupe. Il indique qu'à sons sens, la divergence n'est pas insurmontable. Ainsi, il estime que les paragraphes premier et 2 proposés par la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 65) ont été repris pour l'essentiel dans le texte soumis par la délégation du Royaume-Uni (Doc. trav. No 68), lequel s'avère plus détaillé sur ce point. De la sorte, la délégation de la Suisse accepte de renoncer à sa proposition quant aux deux premiers paragraphes de l'article 12 du projet.

Il indique qu'en revanche, l'article 12, paragraphe 3, du Document de travail No 65 est en opposition avec le texte proposé par le Royaume-Uni (Doc. trav. No 68) et repris pour l'essentiel dans le Document de travail No 102 proposé par le Groupe de travail informel sur la propriété intellectuelle. La coordination avec le paragraphe 6 de cette dernière proposition paraît difficile et il importe d'y réfléchir.

M. Bucher relève par ailleurs accessoirement que les crochets ont été omis dans la version française du paragraphe 8 de l'article 12 (Doc. trav. No 102). Il souligne que si cette proposition est maintenue, le libellé des paragraphes 4 et 5 devra être modifié car le terme «jugement» utilisé est inapproprié s'agissant de décisions rendues le cas échéant par un Office des brevets. En définitive, il propose sa collaboration avec le Groupe de travail afin que le texte français soit amélioré.

The Chair expressed his appreciation for the work undertaken by the Informal Working Group and also by Mr Bucher.

Mr Philip (Denmark) also wished to thank all those who had worked to produce Working Document No 102. As a non-expert in the field of intellectual property rights, he wished to obtain clarification as to the precise nature of paragraph 6 of Article 12 as it appeared in the first option of Working Document No 102. In his opinion, the rule stating that the decision of the court on the incidental question would have no binding effect seemed to extend even to the State where the judgment was rendered. In his opinion, this would go too far in regulating the relationships between the two parties on a substantive matter. He suggested an alternative solution whereby the ruling of the court on the incidental question would not have to be recognised or enforced under the Convention. He concluded by noting that he only wished to flag out the problem and ask for a comment from other delegations on the issue.

The Chair indicated that the co-Reporters would mention this question in a footnote.

Mr Kovar (United States of America) was pleased that the Informal Working Group had been able to work further on the basis of the proposal submitted by the United Kingdom. He stated that his delegation would need to make wide consultations on the text before taking a decision. In particular, he noted that the provision dealing with the incidental question would have to be looked at very closely. The same was true of the provision relating to the other rights of industrial property, as well as for paragraph 8 of Article 12 dealing with patent offices and other agencies.

Turning to the question of copyrights, he explained that he could not agree with the suggestion made by the Delegate of the United Kingdom to exclude the online infringements of copyrights from the scope of the Convention. An exclusion of this kind would appear to favour the online infringers.

Ms Martin-Prat (International Federation of the Phonographic Industry) congratulated the meeting on the progress made on this delicate issue and noted that a quasi-consensus had been reached. She agreed with the comment made by the Delegate of the United States of America that it would not be satisfactory to exclude online infringements of copyrights from the Convention. An exclusion of this kind would appear to make online infringements of copyrights a lesser tort. It would further be very difficult to draw a line in the Convention between situations involving infringement in an electronic environment and other situations. She doubted that it would be possible to phrase a borderline between the two situations in abstract terms.

Mme Djolakian (International Federation of Film Producers Associations) adresse ses remerciements à Mme Schulz (Allemagne) pour le travail accompli et le quasi consensus auquel le groupe est parvenu. Elle exprime toutefois sa surprise au regard de la proposition de M. Hartley (Royaume-Uni) et souligne la nécessité de ne pas exclure les droits d'auteur en ligne du projet, la dichotomie droits d'auteur *on-line* / droits d'auteur *off-line* paraissant inappropriée et la violation d'un droit d'auteur constituant un délit à sanctionner comme tel, quelle qu'en soit la forme.

S'agissant de la proposition actuelle (Doc. trav. No 102), Mme Djolakian souligne qu'il est effectivement nécessaire d'exclure les droits d'auteur du domaine de compétence exclusive (art. 12 de l'avant-projet de Convention).

Mr Musger (Austria) noted that the meeting was confronted with one important policy choice in the decision as to whether or not the exclusive jurisdiction of the courts of the States where the intellectual property rights were registered should also extend to the claims for infringement of these rights.

Turning to paragraph 6 of Article 12 and the issue of the incidental question, he noted that the exclusion of the binding effect provided for in this provision would indeed also have effect on later proceedings taking place in the same State as the first proceedings. He observed that this would constitute a great interference on the national procedural law of the Contracting States. The alternative suggested by the Delegate of Denmark to exclude the decision on the incidental question from the benefit of Chapter III of the Convention would represent a more narrow exception and seemed more satisfactory in that it achieved substantially the same result while interfering less with the national procedural laws. That suggestion had not been included in Working Document No 102 only in order to avoid including too many options in the text.

Mr Bennett (Australia) thanked the many delegates that had worked to produce Working Document No 102. He expressed strong disapproval of the proposal made in Option 2 of this Working Document to exclude actions on infringement from the scope of the exclusive jurisdiction of the courts of the State where the rights alleged to be infringed had been registered. Addressing the question put forth by the Delegate of Denmark, he stated that it would be necessary for paragraph 6 to exclude the binding effect of any ruling on the incidental question, even in respect of future proceedings between the same parties, because the rights in issue are rights *in rem*, while the proceedings could be proceedings *in personam*. He added that the Convention should strive to avoid that a patent or other right be deemed invalid between two parties and at the same time valid as against the rest of the world.

Mr Möller (Finland) stated that his delegation was not yet prepared to take a final decision on the issue of exclusive jurisdiction for actions on infringement of intellectual property rights. He explained that under Finnish law, a ruling of a court on an incidental question would not have a binding effect on future litigation but other States may give a broader content to the *res judicata* effect of a judgment. He suggested removing from paragraph 6 of Article 12 the provision excluding the binding effect of the ruling on the incidental question because it would interfere with what was essentially a matter of procedure and as such fell under the exclusive competence of the Contracting States. Finally, he expressed doubts on the need to define in Article 12 the concept of the incidental question. The definition as such seemed however to be acceptable.

The Chair observed that the two options appearing in Working Document No 102 essentially concerned paragraphs 3, 4, 5 and 6 of Article 12 as found in the preliminary draft Convention. He suggested placing these two options in brackets in the text of the Convention and the meeting agreed. He then invited the meeting to turn to the questions of *lis pendens* (Art. 21 of the preliminary draft Convention) and the exceptional circumstances in which a court can decline jurisdiction (Art. 22 of the preliminary draft Convention), on the basis of Working Documents Nos 56 (Switzerland), 103 (United Kingdom) and 105 (New Zealand).

M. Bucher (Suisse) propose de présenter la proposition relative à l'article 22(4) (Doc. trav. No 56), puis de discuter du Document de travail No 105 concernant la même disposition, avant de s'intéresser à l'article 22(6), en travaillant sur les Documents de travail Nos 56 et 103. Il présente ensuite le Document de travail No 56 dans sa partie consacrée à l'article 22(4). Cette disposition se rapporte à l'exigence d'une caution à apporter par le défendeur dans l'hypothèse où le tribunal saisi décide de surseoir à statuer parce qu'il est, en l'espèce, clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence et que le tribunal d'un autre État ayant compétence est clairement plus approprié pour statuer sur le litige bien qu'il fonde sa compétence uniquement sur l'article 17 (zone grise). Il explique qu'une caution est effectivement nécessaire dans ce cas, dès lors que le jugement rendu, fondé sur une compétence nationale, est susceptible de ne pas être reconnu. Il indique que la situation n'est pas différente lorsque le tribunal premier saisi sursoit à statuer au profit d'un tribunal qui ne se trouve pas dans un État contractant. M. Bucher rappelle que le Rapport Nygh / Pocar mentionne cette situation et souligne l'incohérence du texte de l'avant-projet d'octobre 1999 sur ce point. (N.B.: Voir le Rapport, Nos 286 et s.)

La proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 56), relative à l'article 22(4), remédie au problème.

M. Bucher indique que la proposition de la délégation de la Nouvelle-Zélande (Doc. trav. No 105) reprend la même idée en ajoutant quelques éléments d'appréciation.

Mr Goddard (New Zealand) explained that there were two significant flaws affecting paragraph 4 of Article 22 as found in the preliminary draft Convention. In the first place, this provision was only coherent if it also included the situation where the other court is a court of a non-Contracting State. He added that the provision could lead to unacceptable results and be abused by the plaintiff to prevent the defendant from ever being able to obtain the application of Article 22. He referred in particular to the situation where the claim made by the plaintiff exceeded the assets of the defendant, which would make it impossible for the defendant to post the security required to satisfy any future decision. He suggested that the provision should be modified to take into account those cases where full enforcement of the future decision would never be obtained because the claim exceeds the assets of the defendant. The same problem arises when the plaintiff seeks

Procès-verbal/Minutes No 21

a non-money judgment. As a matter of policy, the Convention should ensure that the defendant is not worse off in terms of enforcement perspective after the decision of the court to suspend its proceedings. Working Document No 105 therefore suggested modifying paragraph 4 of Article 22 to limit the requirement to post security to cases where the plaintiff's ability to enforce the judgment would be materially prejudiced if no security is provided.

Mr Philip (Denmark) expressed support for the suggestion made by the Delegate of Switzerland. He added that Articles 21 and 22 were the result of very long negotiations which had led to a complex and subtle compromise. He asked the meeting to be very careful before modifying parts of the compromise for fear of disrupting the balance achieved. Commenting on the proposal made by New Zealand, he noted that it would change the balance of the compromise in a manner that was unacceptable for his delegation.

Mr Herrup (United States of America) shared the concerns of the Delegate of Denmark concerning the delicate nature of the compromise achieved in Articles 21 and 22 and the need to refrain from modifying the balance between the two provisions. He acknowledged, however, that there was still room for further improvement of the two provisions. In that respect, his delegation could support the suggestion to include in paragraph 4 the situation where the court would suspend its proceedings in favour of a court of a non-Contracting State. This innocuous suggestion would fill a gap in the existing provision. Turning to Working Document No 105, he recognised that the suggestion made by the Observer from New Zealand made sense. The touchstone in this area should be the risk for the plaintiff that the enforcement of a future judgment would be frustrated due to the change of venue. The language of the proposal captured this idea and could hence be supported.

Mr Hartley (United Kingdom) observed that his delegation had submitted a proposal in Working Document No 103 that went in the same direction as those of the delegations of Switzerland and New Zealand (Work. Docs. Nos 56 and 105). He expressed support on the substance of the two proposals, while noting that his preference would go for that found in Working Document No 105.

Mr Möller (Finland) joined the delegations that had warned against unravelling the complex compromise achieved on these delicate issues. He would be very reluctant to modify either of the two provisions after having spent so much time reaching a consensus. At the same time, he expressed support for the proposal made by the Delegate of Switzerland. He recognised that the Observer from New Zealand had raised a thorny question and understood his concerns in preventing abuses but cautioned against re-opening Pandora's box.

The Chair noted that no objection had been made to the suggestion contained in Working Documents Nos 56 and 105 of adding to Article 22(4) a reference to the situation where the court would decide to suspend its proceedings in favour of a court of a non-Contracting State. He noted, however, that there was less unanimity on the second change suggested in Working Document No 105 (New Zealand).

Mr Goddard (New Zealand) gave the following example to illustrate the danger raised by the present text of Article 22(4): if an Australian company was sued in Canada for a certain amount, and the court concluded that the Australian courts were clearly more appropriate in the sense of Article 22, it could impose on the defendant to provide a security before suspending its proceedings. This could induce the plaintiff to artificially inflate his claim and include other petitions for relief so that the total value of the claim would be superior to the assets of the defendant. In that case, it would be impossible for the defendant to post the security required and to obtain that the case be sent to the Australian courts, even though everybody agreed that these courts were more appropriate to rule on the case. Hence Article 22 left room for abuse by plaintiffs. Unless some sort of restriction was introduced, manoeuvres by parties could lead to a complete neutralisation of the mechanism provided by Article 22. He concluded that this restriction should be keyed to the existence of a real prejudice for the plaintiff that a future judgment be not enforced if the court seised declined jurisdiction.

The Chair suggested placing the proposal made by the Observer from New Zealand in brackets in the text of the Convention.

Mr von Mehren (United States of America) noted that if the suggestion made by the Delegate of Switzerland was accepted, the requirement of posting adequate security would also have effect when the court seised is asked to decline jurisdiction in favour of a court of a non-Contracting State. This would in turn give much greater effect to the requirement of security. Such an extension could only be accepted if it was balanced by adding the limitation suggested in the proposal made by New Zealand (Work. Doc. No 105) to key the requirement of providing security to the real risk of frustration of the judgment. He added that it would not be satisfactory if the plaintiff could require a security for an amount greater than the amount that could be obtained from the court considering suspending its proceedings. The need to protect the plaintiff should therefore be balanced against the real risk for the future enforcement of the judgment and the necessary protection of the plaintiff.

The Chair asked the meeting whether it would be satisfactory to insert the language suggested by New Zealand in Working Document No 105 in brackets in the text of the Convention. The meeting agreed.

Ms Renfors (Sweden) stated that she understood the concerns put forward by the Observer from New Zealand and recognised the reality of the problem he addressed in Working Document No 105. She expressed, however, a real concern for the legal certainty of the plaintiff and asked the meeting not to jeopardise his rights by introducing a new limitation to the requirement of providing security. She asked that safeguards be included to protect the plaintiff.

Mr Philip (Denmark) suggested placing the language proposed by the delegation of New Zealand in Working Document No 105 in brackets in the text of the Convention.

The Chair noted that the meeting had already agreed with this suggestion.

M. Bucher (Suisse) explique le Document de travail No 56 proposant un nouvel article 22(6). Répondant à l'inquiétude de M. Philip, il indique que cette proposition ne tend pas à porter atteinte à l'équilibre des articles 21 et 22, mais à s'assurer au contraire que l'article 22 sera rigoureusement respecté et ne se verra pas appliqué à des situations qui ne sont pas visées en réalité.

Sur le fond, il rappelle que cette disposition vise implicitement à introduire une forme de doctrine du *forum non conveniens* et à déterminer précisément les situations dans lesquelles cette doctrine trouvera application dans le cadre de la Convention. Il importe selon lui de ne pas permettre aux États d'appliquer cette doctrine dans les hypothèses qui n'ont pas été prévues. Le nouvel article 22(6) tel que proposé par

le Document de travail No 56 tend à le garantir. La difficulté tient, selon M. Bucher, d'une part à ce que les termes «*forum non conveniens*» ne sont pas utilisés dans cette disposition et, d'autre part à la tendance de certains États à considérer la doctrine du *forum non conveniens* comme relevant de la matière de la procédure et non de la compétence. Cela emporte le risque que certains États estiment que le *forum non conveniens* peut s'appliquer dans la mesure où la future Convention, consacrée à la compétence, exclut la procédure. M. Bucher souligne que cette crainte est fondée sur une réalité des conflits de juridictions actuels, illustrée par la Convention de Varsovie de 1929, relative à l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, dont l'article 28, alinéa premier, prévoit quatre fors de compétence en la matière, l'alinéa 2 disposant que la procédure est régie par la *lex fori*. Il explique que les tribunaux américains, qui respectent les critères conventionnels de compétence de l'alinéa premier, ont, à plusieurs reprises, appliqué leur doctrine du *forum non conveniens* par le truchement de l'alinéa 2. M. Bucher insiste sur le fait qu'une telle pratique, dans le cadre de la Convention de La Haye, aurait pour effet de priver l'article 22 de toute efficacité. L'adjonction d'un paragraphe 6 à l'article 22 contribuerait à déjouer cette possibilité.

Mr Liew (Republic of Korea) reminded the meeting that his delegation had made some comments on Article 17 of the Convention which related to the issue under discussion. Referring to Working Document No 107, he stated that his delegation had suggested modifying the chapeau of Article 17 by mentioning that the Convention did not prevent the application by Contracting States of rules of grounds of jurisdiction under national law. This modification made it clear that Article 17 only left intact the rules of jurisdiction as such, and not the procedural rules of the Contracting States. It would help clarify that, in the grey zone, courts of Contracting States would not be allowed to use procedural rules which are distinct from the grounds of jurisdiction.

Mr Herrup (United States of America) re-stated the need to proceed cautiously in modifying Article 22. He noted that, while the motive underlying certain provisions in Working Document No 56 may have been to provide more clarity rather than to change the effect of Article 22, the changes proposed could have effects not suspected by their proponents. First, the reference in the proposed paragraph 6 of Article 22 to "similar means of procedure" was unclear. More fundamentally, at least in some common law countries, it was not accurate to exhaustively partition between "jurisdiction" and "procedure" the universe of rules and doctrine relevant to declination of jurisdiction. In the United States of America, for example, a number of doctrines such as the doctrine of international abstention, the doctrine of comity, or the doctrine of political question, allowed the courts to decline jurisdiction. These doctrines are not viewed in the United States necessarily as jurisdictional, and are not procedural. He also gave examples of English cases where the courts had declined jurisdiction on grounds other than that of *forum non conveniens*. In such examples, serious implications for international relations might have been posed if adjudication by a national court had occurred. He did not want the operation of this Convention to require courts to act in ways which might lead to international relations complications, and he did not think that anyone would wish such a result.

Mr Siqueiros (Mexico) wished to make a semantic observation. He noted that the previous meetings had acknowledged that the expression "*forum non conveniens*" did not have a uniform meaning in the different countries where it was known, hence the absence of any reference in the text of the Convention to this specific expression. Article 22 used equivalent expressions but Working Document No 56 purported to introduce the expression in the Convention. He asked whether account had been taken of the problem of definition of this expression.

Mr Beaumont (United Kingdom) expressed serious concerns with the suggestion made in Working Document No 56 to add a new paragraph 6 to Article 22. This suggestion assumed that the doctrine of *forum non conveniens* was a procedural doctrine, which was not true at least in Scotland. The doctrine of *forum non conveniens* was in fact a jurisdictional doctrine, even though it did not create jurisdiction. In this respect, paragraph 6 was incorrect in that it referred to "means of procedure". This suggestion was also redundant and unnecessary because the Convention already implicitly prevented the application of the doctrine of *forum non conveniens*. He added that it would be misleading to refer to the doctrine of *forum non conveniens* since there were many variations on this theme. He further observed that if Article 22 was to include an express provision preventing the application of the doctrine of *forum non conveniens*, the same limitation should be added to Article 21 to prevent courts of Contracting States from relying on their national *lis pendens* rules. He concluded that the addition suggested in Working Document No 56 could have dangerous effects.

M. Vassilakakis (Grèce) partage le scepticisme exprimé par la délégation des États-Unis d'Amérique et souligne, à la suite de M. Siqueiros, que la référence à la doctrine du *forum non conveniens* est susceptible de créer une grande incertitude, notamment pour les juges qui devront l'appliquer. Il souligne que s'il est possible d'accepter la solution de l'article 22, il importe d'éviter toute allusion à cette doctrine.

Mr Wagner (Germany) invited the meeting to adopt clear and precise rules and when drafting the Convention to be careful not to cause confusion and introduce uncertainty, especially when dealing with delicate matters such as those under discussion. He then proceeded to remind the meeting of the judgment handed down by the United States Supreme Court in the *Aérospatiale* case (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987)). In this case, the United States Supreme Court held that the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* did not provide an exclusive or mandatory set of procedures, nor even a preferred set of procedures, to which first resort must always be made. The Court had found support for this decision in the wording of the Convention which suffered from a lack of clarity, as well as in the history of the Convention, which also did not provide clarity. As a result, the Convention was deemed to be purely optional. Mr Wagner invited the meeting to consider this example and to look at the whole Convention for provisions which could be clarified. In particular, it should be made clear that the Convention was a binding instrument without any gap. He welcomed the efforts of the delegation of Switzerland to clarify the issue in order to avoid misunderstandings.

Mr Philip (Denmark) reminded the meeting that Article 22 had been drafted so as to be as precise as possible because it constituted an exception to the general rule. He further assumed that this provision would be applied in a loyal manner and that there would not be any possibility to deviate from it, either by applying the doctrine of *forum non conveniens* or by any other means, procedural or otherwise. He therefore suggested that the meeting refrain from making any additions to the text of Article 22.

M. Sturlese (France) exprime son soutien à la proposition suisse (Doc. trav. No 56). Il rappelle que, dans le cadre de la Convention de Varsovie, qui ne prévoyait qu'une forme de

Procès-verbal/Minutes No 21

liste blanche de chefs de compétence internationale directe, certains juges ont décliné leur compétence en faisant application de leur doctrine du *forum non conveniens* au motif qu'il s'agissait là d'un moyen de procédure et non pas d'une question de compétence. Il insiste sur le fait que la proposition suisse répond à une réalité connue et à un grand besoin de clarification.

M. Sturlese concède que, d'un point de vue technique et afin de ménager les susceptibilités et de tenir compte du caractère protéiforme de cette doctrine, il convient peut-être d'éviter une référence explicite au «*forum non conveniens*». Il n'en reste pas moins que la proposition suisse répond, dans son esprit, à une réelle difficulté et à la nécessité d'éviter une mauvaise interprétation ou application de l'article 22. Il importe de ne pas faire jouer la doctrine du *forum non conveniens* dans le cas où la compétence est fondée sur un for blanc.

M. Sturlese se dit surpris d'entendre certaines délégations opérer un parallélisme entre litispendance et *forum non conveniens*. Il explique que la litispendance règle des conflits positifs de compétence, à la différence du *forum non conveniens*, lequel n'est pas lié à l'exercice concurrent de compétences juridictionnelles.

The Chair reminded the meeting that the issue under discussion was very delicate and that the Special Commission had spent a great deal of time trying to find an acceptable compromise. He noted that, in his opinion, it was clear that any addition or modification would have to be placed between brackets.

M. Bucher (Suisse) rappelle qu'il est ouvert à toute amélioration rédactionnelle du texte proposé.

The Chair invited comments on the suggestion made by the United Kingdom in Working Document No 103 to add a new paragraph 6 to Article 22 of the Convention.

Mr Hartley (United Kingdom) explained that Working Document No 103 suggested making two changes to Article 22 dealing with the possibility of declining jurisdiction in exceptional circumstances. The modifications sought to bring a solution to the difficulty raised at paragraph 271 of the Report of the preliminary draft Convention, concerning the question of whether a court of a Contracting State can decline jurisdiction when it is seised under national law by virtue of Article 17. While the Report raised the issue and discussed the arguments, it did not provide a definitive solution to the problem.

Mr Hartley noted that when a court of a Contracting State takes jurisdiction on the basis of a required ground of jurisdiction, Article 22 applies and the court can decline to exercise jurisdiction under the circumstances defined in this provision. He recognised that Article 22 constituted a compromise and fully accepted the consequences of this compromise; that is, that the provision would exclude any other possibility of declining jurisdiction. He asked what the situation would be, however, when the court seised derived its jurisdiction from its own law, under Article 17. He argued that in this situation it should be left to the national law of the court seised to decide whether or not the court can decline jurisdiction. He further noted that in most common law countries, the possibility of declining jurisdiction is an integral part of the rules of jurisdiction. Under English law, for example, when process cannot legally be served upon a defendant in England, the plaintiff has to obtain leave from the court to serve the writ outside England. The court then has a discretionary power to permit service of process outside England. In considering whether or not to exercise this power, the court will consider whether England is the *forum conveniens* because of the need to be cautious in allowing service of process abroad, which could be seen as an interference with the sovereignty of other countries. Mr Hartley argued that removing the possibility of assessing whether England is indeed the most appropriate forum would deform the rules of jurisdiction, since they would then have a greatly increased scope. It does not make sense to allow States to use national jurisdictional rules, but to exclude the additional rules that mitigate their exorbitant character. He concluded by inviting the meeting to adopt the addition to Article 22 suggested in Working Document No 103.

Mr Philip (Denmark) suggested adding the word "only" to the first sentence of the new paragraph 6 which Working Document No 103 proposed to add to Article 22. The paragraph would then start with the following sentence: "This Article shall not apply where the court has jurisdiction only under Article 17 [grey list]." This addition would make it clear that national rules permitting a court to decline jurisdiction could not be invoked when the court has jurisdiction under both the white and the grey lists.

Mr Herrup (United States of America) expressed support for the proposal made by the delegation of the United Kingdom in Working Document No 103. He explained that this proposal was in the logic of the Convention.

Returning to Working Document No 56, he wished to clarify the concerns of his delegation regarding the proposed addition of a new paragraph to Article 22. He noted that this addition raised very serious concerns, for it could lead to the exclusion of some doctrines such as the doctrine of justiciability which are not *per se* jurisdictional or procedural. The doctrine of justiciability, for example, had a constitutional dimension in that it required the court to decide whether there was a "case or controversy" in the sense of Article 3, section 2, of the United States Constitution. He explained that his delegation would strongly oppose any attempt to disable the operation of these doctrines, so that caution was required in these matters.

M. Bucher (Suisse) remarque que la proposition du Royaume-Uni est adaptée aux États qui pratiquent une forme de *forum non conveniens* plus large que celle prévue dans l'article 22, alors qu'il existe bien des États qui ne connaissent pas cette exception dans leur droit interne. Il relève que les intérêts ne sont pas alors équivalents.

M. Bucher souligne le lien qui existe avec l'article 21. Il estime que les questions ne peuvent être dissociées. Ainsi, si, par le biais de l'article 22(6), tel qu'il résulte du Document de travail No 103, on ôte les compétences fondées sur l'article 17 (liste grise) du domaine de l'article 22 tout en limitant l'article 21 aux cas de *lis pendens* entre fors blancs, c'est tout l'équilibre qui s'en trouve modifié. L'article 21(7) exclut en effet le jeu de cet article si les conditions de l'article 22 sont remplies. De la sorte, l'article 21 ne serait pratiquement plus applicable.

Mr Philip (Denmark) asked whether the intervention of the delegation of the United States of America was aimed at Working Document No 103 or Working Document No 56.

Mr Herrup (United States of America) replied that his previous intervention related to both documents.

Mr Philip (Denmark) noted that the last intervention of the delegation of the United States of America could give rise to some difficulties. He noted that according to this intervention, there existed doctrines under American law which would allow a court to decline jurisdiction outside the strict boundaries of Article 22. If this was the case, he pleaded for

the addition of a rule in the spirit of that suggested by the delegation of Switzerland in Working Document No 56. In the absence of such a provision, some national courts could in effect commit a "*fraude à la Convention*". He added that the Contracting States had certain expectations when ratifying the Convention, in particular that nobody would attempt to achieve the results contemplated by Article 22 by applying techniques other than those included in this provision. These expectations had been called into question by the last intervention.

Mr Musger (Austria) wished to bring a clarification to the debate, by noting that the Swiss proposal contained in Working Document No 56 went in a similar direction as the proposal made by the delegation of the United Kingdom in Working Document No 103. In both cases, the effect was to limit Article 22 to the cases where the court exercised jurisdiction on the basis of a required ground of jurisdiction. In this respect, there was no difference of policy between the two proposals. It remained, however, to be decided whether this provision could also be applied when the court took jurisdiction on the basis of a rule of national law ("grey" list). He invited the meeting to discuss this question and make a policy choice in this regard by stipulating whether Article 22 applied only when the court had exercised a "white" ground of jurisdiction, or extended to the case where jurisdiction was conferred by national law.

Mr Herrup (United States of America) wished to reply to the comments made by the Delegate of Denmark. He stated that the doctrines he had made reference to in a previous intervention only operated under exceptional circumstances and would most probably fall under the current Article 21, as found in the preliminary draft Convention. He also expressed concerns about the suggestion made in Working Document No 56 to restrict Article 22 in that it would also lead to a limitation of the operation of these doctrines.

Mr Clarke (Ireland) commented on the suggestion made in Working Document No 56. The new paragraph 6 proposed in this Working Document would apply "in situations not referred to in the preceding paragraphs". As he understood the proposal, the policy behind Working Document No 56 was to guard against the danger that some elements of the doctrine of *forum non conveniens* would still be lurking behind the text of the Convention and might affect the resolution of some cases. The Swiss proposal was designed to take this doctrine away lock, stock and barrel, as it were. He suggested removing the opening sentence of the new paragraph 6 where reference was made to "situations not referred to in the preceding paragraphs" since the substance of the provision already took care of this problem. Finally, he suggested substituting the phrase "rules of procedures" in the proposed paragraph for the phrase "means of procedure" appearing in Working Document No 56.

The Chair suggested adding the new paragraph 6 proposed in Working Document No 56 in brackets in the text of the Convention.

M. Bucher (Suisse) se montre favorable à la solution irlandaise, qu'il juge plus simple et plus praticable. Répondant à M. Musger (Autriche), il rappelle que le Document de travail suisse (Doc. trav. No 56) a été distribué le 12 juin, alors que la proposition du Royaume-Uni (Doc. trav. No 103) est intervenue le 19 juin. Il estime que, s'il existe bien un lien objectif entre les deux suggestions, la solution doit dépendre du sort réservé à la proposition du Royaume-Uni. Il invite à finir les discussions relatives au Document de travail No 103 avant de s'intéresser à l'articulation entre les deux textes.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that the goal pursued by Working Document No 56 was very different from that of Working Document No 103. The first document aimed at preventing the operation of the doctrine of *forum non conveniens*. He noted that his delegation had never suggested that the court seised of a dispute under a "white" ground of jurisdiction could decline jurisdiction under a national doctrine of *forum non conveniens*, as Article 22 intended to be exclusive. Working Document No 103 was concerned with another, more technical problem. It provided the answer to a problem raised, but not solved, in the Report of the preliminary draft Convention. He noted that no objections had yet been formulated to the suggestion made in this Working Document and that hence it should be included in the Convention without any brackets.

Mr Liew (Republic of Korea) reminded the meeting that his delegation had submitted a proposal in Working Document No 107, which indirectly also concerned the issue of the application of the doctrine of *forum non conveniens* under the Convention.

Ms Schulz (Germany) indicated that she was confused by the present discussion, which had introduced a certain ambiguity regarding the exact scope of the provisions of the preliminary draft Convention. She recalled that it had been agreed during previous discussions to apply Article 22 where the court is seised on the basis of a "white" ground of jurisdiction. An agreement had also been reached to the effect that the application of Article 22 would exclude the operation of any other national doctrine of *forum non conveniens*.

She also noted that if the two proposals made concerning Article 22 were to be included in brackets in the text of the Convention, a footnote should be added concerning the scope of application of the Convention. She reminded the meeting that according to Article 2(1) *c)* of the Convention, Articles 21 and 22 would also apply where the court is required to determine whether to decline jurisdiction or suspend its proceedings on the grounds that the dispute ought to be determined in the courts of another Contracting State. Hence these provisions had received a broad scope of application and could also be invoked in a purely internal case. She therefore requested verification of the consistency of the suggested addition with Article 2.

M. Bucher (Suisse) remarque qu'en dépit de l'absence d'opposition de principe à la proposition du Royaume-Uni (Doc. trav. No 103, relatif aux art. 21 et 22), certains problèmes demeurent sans réponse. L'adoption de l'article 22(6) qui y est contenu doit en effet impliquer l'adoption de la modification de l'article 21(1). Si en effet les compétences fondées sur un for gris sont exclues du domaine de l'article 22, l'article 21, par le biais du paragraphe 7, se trouve limité dans ses effets car le paragraphe premier restreint la litispendance aux fors blancs. Il juge la proposition britannique cohérente, mais insiste sur le fait que l'acceptation d'une modification implique l'acceptation de l'autre.

Mr Beaumont (United Kingdom) replied that the two proposals made in Working Document No 103 went hand in hand. The proposed addition to Article 21 made it clear that this provision could only apply when the court first seised has jurisdiction on a white ground, and not when it derived its jurisdiction from its own national law (Art. 17).

Mr Philip (Denmark) noted that the Convention should make clear that Article 22 is an exclusive provision in that, when the question addressed by this provision arises, the court would only be able to apply the rule of the Convention and no other doctrine derived from its national law which permitted the court to decline its jurisdiction.

Turning to the suggestion made in Working Document No 103 to add a new paragraph 6 to Article 22, he noted that this addition would only be necessary if Article 22 were to apply when the court has jurisdiction under Article 17 (grey list). In his opinion, the discussion, and in particular the comments of the Delegate of Germany, had shown that this was not the case.

Mr Beaumont (United Kingdom) reminded the meeting that the Report of the preliminary draft Convention had at paragraph 271 raised the question of the possible application of Article 22 to the situation where the court has jurisdiction under Article 17 without solving it, hence the need for the future Convention to take a stand on this issue. He agreed with the suggestion made by the Delegate of Denmark to add the word "only" in the first sentence of the new paragraph 6 suggested in Working Document No 103, which would then read: "This Article shall not apply where the court has jurisdiction only under Article 17 [grey list]." He reiterated that no objections had yet been formulated to the suggestion made in Working Document No 103 and that hence it should be included in the Convention without any brackets.

Mr Nygh (co-Reporter) explained that the issue mentioned at paragraph 271 of the Report of the preliminary draft Convention could give rise to two different interpretations and wished that the meeting would give some indication of the interpretation it preferred for Article 22. On the one hand, this provision could be confined to situations where the court seised had jurisdiction under the "white" list. On the other hand, it could also be made applicable when the court seised had jurisdiction under its own national law by virtue of Article 17.

He also noted that the various doctrines to which the delegation of the United States of America had made reference, and under which a court must decline to exercise jurisdiction, did not in fact give the court a discretionary possibility to decline jurisdiction. He explained that the Convention did not require a court to take jurisdiction when it did not have jurisdiction *ratione materiae*. He concluded by reminding the meeting that there was a clear difference between the circumstances in which Article 22 could be invoked and the concept of jurisdiction *ratione materiae*.

Mr Herrup (United States of America) explained that the operation of the American doctrine of "justiciability", to which earlier reference had been made, would not yield anything inconsistent with Article 22 of the Convention. At the same time, he expressed serious concerns regarding the distinction made in Working Document No 56 between the questions relating to jurisdiction and questions of procedure.

Mr Kovar (United States of America) noted that, when accepting the Convention, the Contracting States would undertake an obligation to comply with its provisions and that this obligation would be a matter of international law. The meeting should therefore not be concerned that the courts of a Contracting State would not comply with the Convention.

Ms Schulz (Germany) noted that the policy approaches pursued by Working Documents Nos 56 and 103 were similar, but that the latter Document was preferable, at least from a drafting point of view. She also noted that the suggestion made in Working Document No 56 left a gap in the Convention because of the very wide scope given to Articles 21 and 22 by Article 2. This provision required the existence of an international element for the Convention to apply. However, Article 2(2) *c)* stated that Articles 21 and 22 could also be applied in a purely internal case. This created a problem in that in a purely internal case, a court could be asked to apply Article 22 while it did not have jurisdiction under the "white" list. The proposal made in Working Document No 56 did not take care of these situations. She therefore asked that the reference made in Working Document No 56 to Articles 3 to 16 of the Convention be modified to avoid any gap.

The Chair noted that the co-Reporter had invited the meeting to comment on the issue raised in the Report of the preliminary draft Convention and dealt with in Working Document No 103. He asked that the delegations express their views on this issue.

Mr Nygh (co-Reporter) suggested including the proposals made in the various Working Documents in brackets in the text of the Convention.

Mr Hartley (United Kingdom) noted that the meeting had not voiced a single objection to the suggestion made by his delegation in Working Document No 103 to add a new paragraph 6 to Article 22. The suggestion made in this Document regarding Article 21 came directly from the Report of the preliminary draft Convention. He therefore asked that these two modifications be included without brackets in the Convention.

The Chair acknowledged the observation of the Delegate of the United Kingdom and asked the meeting whether there was any objection to including in the Convention, without brackets, the two changes suggested in Working Document No 103 to Articles 21 and 22. The meeting agreed. He also noted that there was a consensus in the meeting to add to Article 22 of the Convention, between brackets, the new paragraph 6 proposed in Working Document No 56.

Ms Schulz (Germany) noted that no explanation had been provided to the meeting of the rationale behind the change to Article 21 suggested in Working Document No 103.

The Chair noted that there was a consensus in the meeting to include in Article 21(1) the change suggested in Working Document No 103. He further explained that the meeting had agreed to the changes suggested in this Working Document.

Mr Philip (Denmark) asked that the new paragraph 6 of Article 22, as suggested in Working Document No 103, also include the word "only" as he had suggested in an earlier intervention.

The Chair replied that the text of the Convention would reflect this suggestion. He also noted that the additional paragraph to Article 22 proposed in Working Document No 56 would be included between brackets in the Convention, including the drafting changes suggested by the Delegate of Ireland.

Mr Siqueiros (Mexico) asked whether it would be possible to obtain a list of the provisions that were included in the "white" list of grounds of jurisdiction.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that under the preliminary draft Convention, the "white" list of grounds of jurisdiction included Articles 3 to 13. He also noted that the meeting had not yet finished discussing these provisions and that therefore any list would at this moment be tentative. Drawing upon previous discussions of the meeting, he noted that the "white" list, as it now stood, would probably include Articles 3, 4, 6, 9, 10, 11 and 12 and possibly also Article 13.

Ms Schulz (Germany) noted that the Report of the preliminary draft Convention mentioned, at paragraph 256, that for Article 21 to apply, the court first seised must be expected

to render a judgment which is capable of being recognised under Chapter III of the Convention. As it was yet unclear whether judgments granting provisional and protective measures would benefit from the provisions of the Convention on recognition and enforcement, she asked that no mention be made of Article 13 in any attempt to draw a list of the "white" grounds of jurisdiction.

Mr Nygh (co-Reporter) replied that the lot of the provision dealing with protective and provisional measures was uncertain and that it would probably receive specific treatment under the Convention.

The Chair invited the meeting to turn to the suggestions made in Working Documents Nos 99, 100 and 101 (United States of America).

Mr Kovar (United States of America) explained that the three Working Documents purported to provide the beginning of an answer to the difficult issue of the disconnection clause. He noted that, for the sake of clarity, the meeting should only consider the first part of paragraph 1 of Article 2 in Working Document No 99 and leave out for the time being paragraph 2 together with the second part of paragraph 1 (letters *a)*, *b)* and *c)*).

Working Document No 99 reflected an idea which had already been discussed during the informal meetings that had taken place since October 1999. The Document addressed the question of the territorial scope of the Convention. According to the suggestion made in this Document, Article 2 would be modified to include a reference to the situation where all the parties to the litigation are resident in the territory of a regional economic integration organisation. In that case, the Convention would not apply. He explained that this modification was needed to reflect the changes that had intervened in the European Union following the entry into force of the Treaty of Amsterdam. The European Community had since then shown an interest in becoming a Party to the Convention. Article 2 would use standard language to refer to organisations such as the European Union and thus would be modified to include a direct reference to the new situation of the European Union.

Working Document No 100 added another suggestion to deal with the question of the relationship with other Conventions. It was based on an idea put forward by the delegation of Switzerland (Work. Doc. No 82). Article 37A dealt with the relationship of the future Convention not only with the Brussels or Lugano Conventions, but also with any other Convention, existing or future, which concerned the issues of jurisdiction or recognition and enforcement of foreign judgments. According to this provision, the future Convention would not affect the application of these other Conventions. Working Document No 100 added a proviso to this idea by stipulating that the application of conventions to which some Contracting States are Parties should not affect the obligations and rights of the other Contracting States under the future Hague Convention. If a number of States Parties to this future Convention are also Parties to another convention, there should be no objection to the application of the latter convention as between the States that are Parties to it. This latter convention should, however, only prevail on the future Hague Convention to the extent that its application does not prejudice the rights of other States Parties to the Hague Convention.

Working Document No 101 added a third element to the complex edifice of the relationship with other Conventions. This Document made it clear that the future Hague Convention would only apply at the level of the Contracting States, leaving it up to these States to allocate internally the jurisdiction they have under the Convention to a particular court or tribunal. Under the proposed Article X, it would, for example, be up to the United States of America to decide whether a dispute, which according to the Convention falls under the jurisdiction of this country, should be decided by a state or by a federal court. Mr Kovar stated that the idea embodied in Working Document No 101 constituted a rule already accepted in the negotiations, which Article X would only serve to make clear. He added that it had already been suggested, in a document submitted by the Permanent Bureau, that this idea could be applied to the Contracting States Parties to the Brussels Convention. In that respect, whenever the rules of the future Convention point to a State Party to one of these Conventions, it would be up to the latter Conventions to decide which country would assume jurisdiction. This could be done very easily; it would be enough to modify the definition of a "Party" to the future Convention to include the European regional economic integration organisation. He noted, however, that before agreeing to such a rule, it would be necessary to further reflect on its consequences.

Ms Renfors (Sweden) sincerely thanked the delegation of the United States of America for the proposals put forward in Working Documents Nos 99, 100 and 101, which significantly helped to clarify the debate. She mentioned, in particular, the proposal made in Working Document No 99 and that of Working Document No 100, which were interesting.

She argued, however, that these proposals did not go far enough to take care of the difficulties raised for the States Parties to the Brussels and Lugano Conventions. The rules of these Conventions were built around the notion of "domicile" of the defendant and this should also be considered when discussing the question of the relationship with the future Convention. She suggested a possible alternative solution whereby, whenever the defendant is domiciled in a Member State of the European Union, the Brussels Convention and the European Regulation replacing it would prevail on the future Hague Convention when the plaintiff wishes to sue before the court of a State Party to both Conventions. If the suit is to be brought before the court of a State Party to the future Hague Convention but not to the Brussels Convention, then the issue could be solved differently. Problems could further arise when a party has his or her domicile in one State but his / her residence in another.

Ms Renfors noted that in several hypotheses, it would, however, be necessary to make an exception to the general rule that the future Hague Convention prevails when the defendant is domiciled in a State which is not a Party to the Brussels or Lugano Conventions. In the first place, she argued that when the Brussels Convention grants exclusive jurisdiction to the court of one Member State of the European Union, the Brussels Convention should prevail on the future Hague Convention. The opposite would be true when the future Hague Convention grants exclusive jurisdiction to the court of a State which is a Party to the future Hague Convention, but not to the Brussels Convention. The same approach should be adopted concerning prorogation agreements and the appearance of the defendant. The Brussels Convention should prevail on the future Hague Convention when the parties have elected the courts of a State which is a Party to both Conventions, regardless of the domicile of the defendant, and the future Hague Convention should prevail on the European instruments in the opposite situation. At the same time, she cautioned that this principle would need to be nuanced to ensure the application of the rules of the Brussels Convention affording some protection to consumers and employees. She also explained that the provisions of the Brussels Convention should also prevail over those of the future Hague Convention, regardless of the domicile of the defendant, in case of a situation of *lis pendens* or of related actions.

Procès-verbal/Minutes No 21

Turning to the issue of recognition and enforcement, she explained that the recent European Regulation replacing the Brussels Convention substantially improved the system put in place by this Convention. Under the new rules, a judgment emanating from a State Party to the Regulation would almost automatically be enforced, at least in first instance. Objection to the enforcement could only be made in a second stage of the proceedings, where the court addressed could examine the various grounds of refusal. This allowed for a very fast system of enforcing foreign judgments. In the future, this system would further evolve towards the idea of the free circulation of judgments between Member States, with as corollary the disappearance of the requirement of *exequatur*. A judgment could then be enforced in all other Member States without any specific proceedings being required to that effect. She explained that the future Convention should give the Member States of the European Union the opportunity to give full application to their own rules. Whenever a judgment originated in one Member State, it should therefore be recognised and enforced in the other Member States according to the rules of the Brussels Regulation, and not those of the future Hague Convention. She added that this would not undermine the rights of defendants, in particular of defendants not domiciled in a Member State of the Union, because the Regulation provided important safeguards which would apply in all cases, regardless of the nationality or domicile of the defendant. The system developed by the European Union could in this respect be compared to the principle of the Full Faith and Credit Clause existing under the American Constitution. In this respect, the reference to the Member States of the European Union as members of a federal State constituted a good analogy, at least in the future. She noted that it would be necessary that the future Hague Convention provide a full and total disconnection from the system of the Brussels Regulation. She concluded by addressing the suggestion made in Working Document No 100. She noted that it was unclear as yet what the consequences and effects would be of the proviso added to Article 37A.

Mr Liew (Republic of Korea) welcomed the idea put forward in Working Document No 100 because it intended to accommodate all international instruments and not only the Brussels and Lugano Conventions. He noted that further research was necessary to determine whether other instruments existed whose relationship with the future Convention would need to be clarified. He also observed that it was not clear what the effects would be of the proviso added to Article 37A by this Working Document.

Turning to Working Document No 101, he explained that he could agree with the rationale of the proposal, but wished the terms of Article X would be more specific and clearer. He also observed that the meeting had previously agreed that the Convention would not deal with the issue of subject matter jurisdiction. Referring to Working Document No 2, he noted that there was also an agreement that the Convention would allow parties to a contract to make a choice for particular courts within a Contracting State. He noted that this agreement should be reflected in the wording of Working Document No 101, which should be adapted to reflect the previous understandings more precisely.

Mr Siqueiros (Mexico) asked why no reference had been made to the three proposals on the relationship with other conventions that had been included in the 1999 preliminary draft Convention (Art. 37, Annex of the preliminary draft Convention). He wondered what was the status of these proposals and why they had been disregarded by the delegation submitting Working Document No 100.

Mr Goddard (New Zealand) expressed his gratitude for the proposals put forward by the delegation of the United States of America and for the constructive comments of other delegations. He noted that the suggestion made in Working Document No 99 contained a significant part of the answer to the issue of disconnection. He asked, however, that any provision dealing with this issue be drafted in general terms to avoid reference to any particular convention. In this area, the Convention should strive for generality to cover other existing or future conventions establishing mechanisms of judicial co-operation. He explained that Working Document No 101 constituted a good proposal if it was extended to include the European Union as a Contracting Party. According to one suggestion, the European Union should be considered as a single State for the purposes of the future Convention so that it would be up to the European rules to determine which State has jurisdiction to hear a case. If this were to be adopted, he argued that it would be necessary to refer to this individual State as a Contracting State of the Convention to ensure the enforcement of any judgment and to guarantee the possibility of applying Articles 21 and 22. Turning to the question of the recognition and enforcement of judgments, he recognised that it would be perfectly reasonable to allow the Member States of the European Union to let any system prevail under which judgments would circulate freely among them.

Addressing Working Document No 100, he noted that the generality of the language used in the proviso of Article 37A constituted a real challenge to the practical application of the rule. The risk existed that the rule could be read to mean something different to that which its drafters intended. He concluded by stating that the meeting had made significant progress on this question and should continue in the same spirit.

Mr Boggiano (Argentina) sought a clarification regarding Working Document No 101. This Document suggested allowing the internal rules of a Contracting State to determine the allocation of jurisdiction among the courts of this State. He argued that this allocation should in any case respect the rules of the Convention. If the Convention, for example, granted jurisdiction to the courts of Argentina because the defendant had his residence in Buenos Aires, it should not be possible for this Contracting State to change its rules on the allocation of jurisdiction so that the case would be heard by the courts of another place. He suggested modifying the provision to reflect this idea. This would not touch upon the issue of the jurisdiction *ratione materiae*.

Turning to Working Document No 100, he noted that the preliminary draft Convention already contained three proposals dealing with the issue and wondered whether the suggestion made in this Document should be considered to be a fourth alternative. He also observed that the application of the proviso added to Article 37A could give rise to difficulties. In particular, it would be necessary to determine whether the rights and obligations mentioned in the proviso were those of the Contracting State or of the parties to the litigation. He concluded by expressing support in principle for the proposal made in Working Document No 99.

M. Bucher (Suisse) manifeste son accord de principe sur le Document de travail No 101. Il fait observer toutefois que deux exceptions devraient être ajoutées à cette disposition dans un souci de clarté : les articles 4 – Élection de for (ainsi que l'a indiqué la délégation de la Corée) et 15 – Demande reconventionnelle.

S'agissant du Document de travail No 99, il indique que la référence à une « organisation régionale d'intégration économique » constitue sans doute provisoirement une bonne solution. Il indique qu'il paraît certainement nécessaire de réfléchir aux relations avec ce type d'organisation disposant

d'un instrument relatif à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements. M. Bucher fait toutefois observer qu'il convient également de penser aux autres entités non organisées, comme la Suisse, et aux États qui connaissent ces instruments sans être Parties à de telles organisations. Il souligne que l'intervention de la Présidence de la Communauté traduit l'importance de la réflexion qu'il reste à mener sur cette question complexe. Il remarque par ailleurs qu'il importe de penser aux instruments à venir.

M. Bucher indique que le Document de travail No 100 s'ajoute au Document de travail No 82 en ce qui concerne le problème des rapports avec d'autres conventions. Il se dit favorable dans son principe à la proposition américaine, plus complète, mais insiste sur sa complexité. Il se demande notamment, avec l'exemple de la Convention de Varsovie, si cet instrument pourrait être considéré comme affectant les droits et obligations des États parties à la Convention de La Haye qui ne seraient pas Parties à la Convention de Varsovie.

Mr Poon (China) thanked the delegation of the United States of America for the proposals submitted in Working Documents Nos 99, 100 and 101. He explained that it would be necessary to conduct further research on this issue before any decision could be taken. He argued that the Convention should provide for a definition of the concept of "Contracting State" or "Party" appearing in Working Document No 101, as otherwise difficulties of interpretation would arise.

He also explained that the Hong Kong Special Administrative Region might enter into certain kinds of treaties on its own. It would therefore be necessary to determine whether the language used in Working Document No 100, and in particular the reference to "Contracting States", was appropriate. He concluded that his delegation would carefully consider the Working Documents and submit a proposal to clarify the issue if necessary.

Mr Kovar (United States of America) thanked the delegations for their instructive comments on the various Working Documents, stating that it had been the intention of his delegation to supplant entirely the three proposals appearing in the 1999 preliminary draft Convention. In his opinion, Working Documents Nos 99, 100 and 101 would take care of the issue of disconnection.

He noted that the provisions dealing with the issue of disconnection should be expanded to leave some room for future organisations or for entities with a less formal structure. At the same time, it would be difficult to contemplate including open-ended language in the Convention for fear of leaving the door open for abuses. He asked the delegations to provide examples of the type of organisations or entities concerned.

He thanked the Delegate of Sweden for the thorough explanation of the position taken by the European Union, noting that many of the points raised were already covered in the suggestions made by his delegation. In particular, the issue of recognition and enforcement did not seem to raise many difficulties. It was, however, unclear what the consequences would be of the use in the Brussels and Lugano Conventions of the concept of domicile and not habitual residence of the defendant. He asked that examples be provided to illustrate the difficulties. Mr Kovar also noted that it could not be excluded that non-State entities become Parties to the Convention and that this would create difficulty with the terminology used in the provisions. Responding to the comment made by the Delegate of Switzerland, he explained that it was unclear what the difficulty was with the Warsaw Convention; if anything, this difficulty suggested that the Convention should exclude aviation matters.

He also observed that the issue of the relationship with other conventions was an important and difficult one. The Working Documents submitted by his delegation had attempted to suggest basic principles to solve this issue, but further work was needed. It would be important not to delay reflection on this issue until the last minute.

The Chair thanked the meeting for the very productive discussion of the issue of the disconnection clause and invited the delegations to further work and reflect on the various proposals, in particular Working Documents Nos 99, 100 and 101, Working Document No 82 as well as the three proposals contained in the Annex to the 1999 preliminary draft Convention.

The meeting was closed at 6.30 p.m.

Procès-verbal No 22

Minutes No 22

Séance du mercredi 20 juin 2001 (matin)

Meeting of Wednesday 20 June 2001 (morning)

The meeting was opened at 9.50 a.m. Mr Smith (Canada) was in the chair. The co-Reporters were Mr Nygh (Australia) and Mr Pocar (Italy).

The Chair invited the meeting to make a last effort to allow for the creation of as complete a text as possible. He then asked Mr Nygh (co-Reporter) to open the discussion.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that several Working Documents had been discussed yesterday evening dealing with the question of the relationship of the future Judgments Convention with other instruments, in particular the Brussels I Regulation. He reminded the meeting that the three Working Documents put forward by the United States of America were designed solely to act as a basis for future discussion. He noted that many delegates had appreciated this. Mr Nygh proposed that they be placed together with Working Document No 82 (Switzerland) as an annex to the new draft of the Convention so they could all be viewed together. He added that, to avoid overloading the future Working Document No 98 *bis*, he would include a footnote to cross-refer to the options already contained in the preliminary draft Convention. He explained that while the earlier documents were still on the table it was a question of how best to organise the consolidated text.

Ms Renfors (Sweden) asked that the alternatives in the preliminary draft Convention be included in full to enable delegates to keep track of the full scale of this complex issue.

Mr Nygh (co-Reporter) accepted this request.

The Chair reiterated that the proposals from the preliminary draft Convention were still valid so they should be kept in mind. He added that the forthcoming proposal on a standard form be incorporated as an annex also.

M. Bucher (Suisse) estime au contraire que le formulaire n'a pas fait l'objet d'une approbation générale. Devant la controverse que le document suscite selon lui, il demande que la discussion reste ouverte à ce sujet. Il fait observer qu'il convient même d'étudier encore la forme de l'inclusion de cet élément dans le document final.

The Chair stated that he was hoping to do this. He then invited the meeting to turn to Working Document No 104 (Informal Working Group on Consumer Contracts) and the issue of consumer contracts. He thanked the members of the Informal Working Group and in particular Mr Goddard (New Zealand) for the work they had done.

Mr Goddard (New Zealand) paid tribute to the efforts of all the members of the group. He apologised for the form of the French version and then advised the meeting of some changes to the French text.

M. Goddard prend alors la parole en français pour noter que des imperfections ont été décelées dans la version française du Document de travail No 104. Afin de faciliter la discussion, avant qu'une version corrigée ne soit distribuée, M. Goddard indique oralement quelles sont les modifications à opérer.

Mr Goddard then explained that the document contained a synthesis of the various existing proposals on the initial paragraphs of Article 7. It then presented four options to deal with the issue of forum clauses. The first was a revised version of the Edinburgh draft; the forum clause would be effective if established by the law of the consumer's State of habitual residence. In addition, a declaration would be made as to the recognition and enforcement of resultant decisions. Under the second option Contracting States would make declarations with regard to jurisdiction and the decisions that would be afforded recognition and enforcement. The third option provided for an enlarged grey zone, while the fourth would exclude consumer contracts from the scope of the Convention.

He then considered the elements in greater detail. He noted that paragraphs 1 to 4 of Article 7 related to the ability of the consumer to bring proceedings in his or her State of habitual residence. Some small changes had been made to paragraph 1 since the Edinburgh meeting. References to "the business" had been deleted in favour of "the other party", as suggested in a Swiss proposal; also the reference to "contracts concluded between a natural person" had been replaced with "contracts between a natural person". Mr Goddard added that the incorporation of the possible exclusion contained within square brackets, where a business showed it did not know it was dealing with a consumer, was a policy choice for the meeting as a whole to decide upon.

Turning to paragraph 2, he explained that the Group wanted to draw attention to whether Article 7 was confined to consumer contracts or whether it would also apply to any claim arising out of a consumer contract, including, for example, tort actions. The drafting had been simplified and the word "solicitation" had been deleted since it was felt it was included within "promotion". As to the exclusion, members of the Working Group had not been sure as to where the burden of proof lay. For that reason the phrase "that party establishes that" had been added. The burden would then be on the business to show that the exception applied. Turning to paragraph 3 he explained that this had not changed significantly from paragraph 3 *b)* as found in the Edinburgh draft, and that it was still placed in square brackets. Finally, Mr Goddard noted that paragraph 4, which was not in square brackets, did not give rise to major difficulty.

Mr Goddard explained that the first three options dealing with forum clauses were all very intricate and not simple to follow. The first was a revised version of the Edinburgh draft. Paragraph 5 was uncontroversial. Paragraph 6 sought to clarify the statement in paragraph 5 *b)* of the Edinburgh draft about the extent to which consumers could bring proceedings elsewhere than in their State of habitual residence. Paragraph 7 would allow States which wanted to permit consumers to enter into forum clauses to be able to do so. Under Article 25 *bis* a declaration could be made refusing recognition and enforcement where a judgment was rendered under Article 7(2) and the parties had agreed that the dispute would be litigated in another State.

Turning to Option 2, he noted that it had been inspired by a Danish proposal. Option 2A would allow States to opt out of Article 4 with regard to consumer contracts. Contracting States could thereby declare that they would take the same approach as found in the preliminary draft Convention. Mr Goddard suggested that the single declaration for jurisdiction and recognition and enforcement would appeal to those States that wanted to protect consumers. He added that Option 2B followed the same approach but from the opposite direction. It would allow States that so wished to opt into Article 4. He further added that States would be able to make qualified declarations. He suggested that most would probably respect jurisdiction agreements if they complied with certain standards. He accepted that this would mean that an element of national law would enter into the provision. However, he pointed out that the court seised would be applying its own law in such cases.

With regard to Option 3, Mr Goddard explained that it sought to show what would happen in practice if the grey zone were simply enlarged to deal with this issue. He then went through paragraph 6.

In his conclusion he noted that there was insufficient time to go through the thorny policy issues that existed in respect of consumer contracts. He suggested that if there was no support for any of the options they could be dropped. However, he believed that there was at least one supporter for each.

The Chair thanked Mr Goddard for his presentation.

Mr Nielsen (Denmark) expressed his thanks to Mr Goddard for the work he had carried out. He stated that the fundamental policy issue dealt with by the Working Group was the extent to which the Convention should allow party autonomy and the extent to which it should allow jurisdiction clauses to be entered into. He noted that one position was to allow parties to freely enter into any forum clause but then allow for it to be set aside. The opposite view was to only allow forum clauses if they were to the benefit of the consumer. Mr Nielsen accepted that it was difficult to arrive at a compromise solution.

Turning to the options, Mr Nielsen stated that the Edinburgh draft was too complicated. He noted that Option 2A endorsed a very liberal approach. Absent a declaration any forum clause would be valid. To meet concerns of delegates who did not share the same view, Contracting States could make a declaration that they would only respect a forum clause if it were entered into after the dispute, or was to the benefit of the consumer. Moreover, a declaration as to recognition and enforcement could also be made.

Mr Nielsen explained that Option 2B was more limited. It would allow forum clauses but only if they were protective of consumers. Finally, he stated that he could not understand Option 3, which he found to be unduly complicated.

Mr Wagner (Germany) thanked Mr Goddard for his hard work. He stated that he found the proposal to be very complicated. He was not sure if all consumers would understand it. Nevertheless he would try to sell it at home. Mr Wagner added that he had one problem of presentation. This arose because the chapeau of Article 7 and paragraph 1 of that provision gave the impression that it was a broad rule dealing with all consumer contracts. However, if one looked at paragraph 2 one saw that this was not true, since paragraph 2 acted as a limitation. He asked how the Convention would deal with those contracts that had not been concluded under the circumstances outlined in paragraph 2. He suggested that paragraphs 1 and 2 might be combined and the chapeau amended.

Ms Renfors (Sweden) stated that all the options had to be considered carefully. Moreover, it had to be asked whether the proposals where clear and foreseeable enough to provide sufficient protection for consumers. She noted that in Option 2 there was a reference to Article 4, but not to other provisions. She stated that it would be strange if a forum clause could be binding according to usage. She held that this would not be suitable in respect of consumer contracts.

M. Tell (Commission européenne) remercie les auteurs du Document de travail No 104, et en particulier ceux qui ont rédigé la version française, dont la tâche était fort difficile. Il complète les propos tenus par Mme Renfors en indiquant que, sur le fond, cette proposition correspond bien à l'objectif de la Communauté européenne, qui est très clairement de procéder à l'adoption de règles spécifiques en matière de consommation. Il relève néanmoins qu'il convient de veiller à ce que la protection accordée aux consommateurs soit effective et il considère que c'est à l'aune de ce critère d'efficacité qu'il faut examiner les règles envisagées. Évoquant l'économie de la disposition, il rappelle que la proposition franco-allemande initiale a été largement inspirée du texte de la Convention de Bruxelles, ce qui réduit donc sa portée aux contrats.

Par ailleurs, il note que l'avant-projet de 1999 fait référence à l'article 4, dans les termes suivants: «[l]es parties [...] peuvent convenir d'une élection de for dans une convention conforme aux dispositions de l'article 4». Il s'interroge sur l'opportunité de modifier le texte afin de remplacer cette simple référence par une indication plus précise des conditions de forme requises. En effet, il estime que ce renvoi à un article de portée générale, qui vise notamment les usages établis entre commerçants, peut être inadapté à l'égard des consommateurs.

Citant la fin du paragraphe 2 de l'article 7, M. Tell relève l'ajout, entre crochets, des mots suivants: «à moins que [cette partie établisse que]». Il observe que cette mention répond toujours à un souci de protection du consommateur, puisqu'il ne revient pas à celui-ci d'établir que les conditions imposées sont réunies. M. Tell souligne qu'il y a là une décision politique à prendre, en ce sens ou en sens contraire.

Au sujet des diverses variantes proposées, il estime que la première, l'*opt-out*, pose un problème majeur, lié à la réciprocité, dans la mesure où un État peut vouloir protéger à la fois son industrie et les consommateurs établis sur son territoire. Quant à la seconde, il considère qu'il est plus difficile d'intégrer les éléments qui figurent dans le paragraphe 6. Il lui semble que la variante 2A contient un système d'*opt-in* qui est imparfait, tandis que la variante 2B lui paraît trop compliquée. Il suggère que les participants concentrent avant tout leurs efforts sur la définition d'objectifs généraux et sur la prise de décisions politiques. Notamment, il invite les participants à faire un choix entre l'*opt-in* et l'*opt-out*.

M. Markus (Suisse), en tant que membre du Groupe de travail informel sur les contrats conclus par les consommateurs, adresse ses remerciements à M. Goddard pour la manière fort efficace dont il a su diriger les travaux. Il considère que même si le résultat semble apparemment compliqué, il constitue un pas nécessaire. Selon lui, le Document de travail No 104 permet d'avoir une vision d'ensemble et d'envisager ainsi toutes les possibilités, avant de se concentrer sur un point précis et de prendre une option. Il rappelle que la volonté du Groupe de travail était de présenter un document dont le contenu ne serait pas trop détaillé pour l'instant.

Il exprime ensuite une préférence pour une procédure de déclaration, qui lui semble plus sûre pour les justiciables. À l'inverse, il désapprouve la troisième variante, qui ne prévoit pas de déclaration. Il estime qu'elle est imparfaite car la zone grise élargie lui semble peu claire. Il s'interroge: s'agit-il de chefs de compétence de la «zone blanche» avec une dérogation au profit de règles nationales ou de chefs de compétence de la «zone grise» ? Il reproche également l'absence de règles de reconnaissance, qu'il faudrait selon lui inclure dans la variante 3. Enfin, revenant sur l'observation faite par M. Tell au sujet de la fin du paragraphe 2, il souligne que cette disposition, mise entre crochets, n'a pas fait l'unanimité dans le Groupe de travail, mais que la délégation de la Suisse la soutient.

M. Bucher (Suisse) relève que le début de l'article 7 reproduit le texte élaboré lors de la réunion informelle d'Édimbourg. Il relève que la notion d'exercice ou de direction de l'activité vers l'État de la résidence habituelle du consommateur devrait être la même pour le paragraphe 2 et le paragraphe 3. En outre, il estime que dans la version anglaise, le terme «*engaged in*» devrait être remplacé par «*conducted*», qui lui paraît plus adéquat. Il appelle de ses vœux une terminologie soignée et cohérente.

Mr Parker (United Kingdom) thanked Mr Goddard for his efforts, particularly with regard to the explanatory notes. He noted that there was significant agreement with regard to jurisdiction. He accepted that square brackets would be needed but suggested that there was general acceptance that there should in principle be a protective ground of jurisdiction for consumer contracts.

Turning to the terms of the proposal, he stated that the restriction in paragraph 1 could be dangerous for consumers. It might not be easy to rebut a case put by a business. As to paragraph 2, he explained that his delegation considered that the provision was confined to actions in contract and he would be reluctant to see its scope widened. Mr Parker noted that his delegation welcomed the inclusion of paragraph 3, which was necessary for the protection of e-commerce interests. He further stated that the options with regard to forum clauses were not easy to follow. He suggested that Option 1, which was based on the Brussels I Regulation, should remain, although it would need to be consulted on. In his view Options 2A and B led to the same policy result. He questioned whether both were needed. He expressed a preference for Option 2B, which he considered would be more generally acceptable, especially for the United States of America. However, he could also accept Option 3. Mr Parker stated that since a system founded on declarations, as in Option 2, was based in many ways on national law, Option 3 did not differ greatly therefore from 2A and 2B. Finally, he noted that the crucial issue was to

Procès-verbal/Minutes No 22

achieve agreement that consumer contracts be included within the scope of the Convention.

Mr Kovar (United States of America) stated that the question to ask was not whether the Convention should protect consumer interests or not. Rather, it was how to draft a provision that would not interfere with existing consumer protection systems in the various Member States. He noted that all the States represented had consumer protection systems, but, they acted in different ways. He stated that it would not be appropriate to impose a system which existed in certain States on others. He added that the very rigid jurisdiction system used in Europe was not used in other systems. On a general point, Mr Kovar informed the meeting that his delegation would have to consult with consumer and business groups as well as with legislators and other government agencies to ensure that the consumer provision was acceptable to all interests in the United States of America.

Turning to the precise terms of the proposal, Mr Kovar stated that his delegation took the opposite view to the United Kingdom with regard to paragraph 1. Rather, the United States of America regarded the exception as being very important for e-commerce interests. As to paragraph 2, he understood it as being limited to contractual claims. He stated that if it were to be broader he would have to rethink his position. Mr Kovar noted that there were some objections from the e-commerce community with regard to the jurisdictional standard. He stated that in particular the small shop exception would not work in an e-commerce environment and he questioned whether it was necessary in any event.

In relation to the options on forum clauses, Mr Kovar stated that three questions had to be asked: Did the option work, *i.e.*, did it lead into the grey zone list of jurisdiction? Was the text understandable to lawyers? And finally, did the option avoid impossible political obstacles to acceptance?

He stated that all of the options were difficult to understand. That being so, 2A was probably more attractive to the United States of America than 2B as it would not require a negative declaration and would leave the status quo as to the validity of forum clauses. On the other hand, 2B could be read as requiring Contracting States to issue a declaration and could be viewed politically as something not favourable to consumers. Finally, he suggested that everything might just be placed in the grey zone.

Mr Goddard (New Zealand) noted that he had failed to mention the fourth option in his presentation of Working Document No 104, namely the exclusion of consumer contracts from scope of the Convention entirely.

Mr Nielsen (Denmark) explained that the options were not intended to interfere with existing consumer protection measures. He suggested that contrary to his comments, Mr Kovar had recognised this where he stated that 2A preserved the status quo.

Mr Kobori (Japan) noted that his delegation would want to consult on the proposal. He drew attention to potential unpredictability in using national law.

Mr Parker (United Kingdom) intervened to seek clarification on the intention behind the fourth option. In the light of comments made he was not sure whether it sought to place everything in the grey zone list of jurisdiction, or to exclude consumer contracts from the Convention entirely. He stated that he found the latter possibility to be the more preferable.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed.

The Chair stated that the entire proposal would be placed in square brackets. He then invited the meeting to turn to Working Documents Nos 74 (Switzerland), 75 (European Commission) and 76 (Denmark) on employment contracts.

Mr Pocar (co-Reporter) stated that the three proposals as to Article 8 dealt with the subject in quite different ways. He proposed that in view of the time left they be placed in square brackets and included in an annex to the consolidated text. However, he recognised that consideration could be given to whether the matter be excluded from the scope of the Convention entirely.

Mr Goddard (New Zealand) noted that while this was a quick solution it would be confusing as each of the proposals had been paralleled on previous alternative versions of Article 7. He stated that since Article 7 had now been modified, these proposals should be changed accordingly. He suggested that the authors could attempt to do this between themselves and the resulting texts could be placed in an annex.

The Chair noted that there was not sufficient time to do this.

M. Bucher (Suisse) se prononce dans le même sens que le Président, la réunion de Commission II devant s'achever de façon imminente. Il désapprouve l'idée de renvoyer la question à un groupe informel car le parallèle suggéré entre les contrats de travail et les contrats conclus par les consommateurs ne lui paraît pas pleinement satisfaisant, les politiques législatives étant différentes. Il constate qu'une option à deux branches s'offre désormais aux États: soit créer une règle en matière de contrats de travail, soit décider d'exclure la question de la Convention. M. Bucher propose qu'il soit mentionné que la Commission II n'a pas eu du tout le temps de discuter du sujet, même s'il a été amorcé, et que la disposition envisagée n'a pas été mise en concordance avec d'autres éléments du projet, notamment avec l'article 7.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that that this was a practical solution. He noted that the Edinburgh alternative would have to be included also.

The Chair noted that there was agreement on how to deal with employment contracts. He then invited Mr Nygh (co-Reporter) to outline the remaining issues that should be discussed.

Mr Nygh (co-Reporter) stated that a long outstanding item was the Swiss proposal in Working Document No 4 dealing with the exclusion of certain items from Article 12. He noted that the Swiss document also dealt with the insertion of an Article 0 but he considered that this was probably more related to the general question of the structure and form of the Convention.

M. Bucher (Suisse) revient sur la proposition de la délégation de la Suisse qui figure dans le Document de travail No 4. Il relève deux questions qui doivent faire l'objet d'une discussion: l'une, relative à l'exclusion des personnes morales, l'autre, portant sur la mention «devant les tribunaux des États contractants», à ajouter à la fin du paragraphe premier de l'article 0. Sur ce point, il renvoie au Document de travail No 94. Mais il concède qu'il est impossible d'en traiter à présent et qu'il faut y renoncer.

Quant à la liste des matières à exclure, il suggère de veiller à reprendre ce qui figure dans l'article 12. Il se réfère au Document de travail No 102, et spécialement au paragraphe 3 de l'article 12, pour rappeler que le Groupe de travail sur

la propriété intellectuelle a proposé de sortir des chefs de compétence exclusive les litiges relatifs aux inscriptions sur des registres publics concernant les droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 12 de l'avant-projet, il note que les actions relatives aux personnes morales ont fait l'objet d'un examen particulier lors de la réunion informelle. M. Bucher indique que, à l'issue des discussions, il apparaît qu'il convient d'exclure du champ d'application de la Convention les actions citées car il s'avère que les régimes applicables en la matière sont encore très différents d'un État à l'autre.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed with the reasons stated in respect of the exclusion of the validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto.

Mr Wagner (Germany) noted that he also supported the proposal to exclude the validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto. He added that there should be an exemption in sub-paragraph *l)* for intellectual property matters. He suggested that the phrase "other than those dealing with intellectual property" be added.

The Chair asked whether there were any further comments on sub-paragraph *k)*.

Ms Renfors (Sweden) stated that more time was needed to consider the issue further. She proposed that sub-paragraph *k)* be placed in square brackets.

Mr Beaton (United Kingdom) stated that he could support the exclusion of sub-paragraph *k)* from the scope of the Convention, although he could also live with square brackets. He added that he had no position on the other items in the Swiss proposal.

M. Bucher (Suisse) estime qu'il conviendrait alors que l'article 12(2) soit aussi mis entre crochets.

The Chair agreed. He invited the meeting to go to sub-paragraph *l)*.

Ms Renfors (Sweden) asked that it be placed in square brackets. She stated that she had no view on the German suggestion.

Mr Hartley (United Kingdom) stated that he agreed with the German suggestion as this corresponded with the position taken as to intellectual property matters.

The Chair invited Mr Wagner to repeat his oral amendment.

Mr Wagner (Germany) repeated his oral amendment.

M. Bucher (Suisse) note qu'il faudra mettre le tout entre crochets, y compris l'adjonction proposée par la délégation de l'Allemagne et les dispositions de l'article 12(2) relatives aux personnes morales. À ce sujet, il renvoie au Document de travail No 102.

The Chair stated that the same wording in Working Document No 102 would be added and the proposal would be placed in square brackets. He then invited the delegation of the Netherlands to speak on Working Document No 106.

Mr van der Velden (Netherlands) noted that it was the result of agreement between his delegation and those of Japan and the United States of America. He noted that it would prevent recognition being refused even if the defendant was not notified in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence if he had entered an appearance in the court of origin and the law of that court permitted objection to the matter of non-notification and the defendant did not object.

Ms Schulz (Germany) stated that she agreed with the underlying principle. However, she asked why the proposal used different words than those found in Article 5, "proceeded on merits". She stated that she was not sure of the meaning of "presented his case".

Mr Dogauchi (Japan) stated that it would be acceptable to him even if the defendant appeared to contest jurisdiction, since the defect of notification should then be cured. He noted that this was why reference was not made to the term "on the merits".

Mr Beaton (United Kingdom) stated that he agreed in principle. However, he noted that the drafting could be improved.

The Chair stated that the co-Reporters could footnote the proposal.

Mr Philip (Denmark) proposed that there should be a general note on the consolidated text making clear that everything was subject to drafting improvements.

The Chair agreed that such a proviso covered everything that had been done to date. He then asked the meeting to consider Working Document No 109 (Germany).

Ms Schulz (Germany) noted that this was a drafting matter and followed on from the United Kingdom proposal in Working Document No 103, amending Articles 21 and 22, that had been accepted yesterday.

The Chair read the proposal to allow it to be translated.

Ms Schulz (Germany) read the additions. She then gave an example to clarify what the proposal sought to rectify. She stated that first there were proceedings in the United Kingdom that were internal, between two parties habitually resident in the United Kingdom. Then later there were proceedings in Canada between the same parties on the same issue. She noted that Article 21 should apply in both States. However, she pointed out that this could not happen since Article 21, after adoption of the UK proposal, stated that the Canadian court should suspend its proceedings if the United Kingdom court (*i.e.*, the one first seised) had jurisdiction "under white list grounds". This, however, could never occur as the United Kingdom case was entirely internal and therefore outside the scope of the Convention as defined by Article 2. Article 2 stated that Chapter II on jurisdiction should apply unless both parties were habitually resident in the same State as the court seised.

She explained that by specifically referring to the white list grounds the United Kingdom proposal had inadvertently brought about this lacuna. She noted that elsewhere in the Convention the expression "are consistent with such grounds" was used. In order to overcome the lacuna created by the adoption of the United Kingdom proposal, she suggested adding these same words to the latter, as proposed in Working Document No 109.

Mr Wagner (Germany) noted that there was a second addition to the text, namely reference was also made to exclusive jurisdiction under Article 11.

Mr Hartley (United Kingdom) stated that he agreed with the German proposal since this was what his delegation had

Procès-verbal/Minutes No 22

originally intended. He noted that he might want to simplify the drafting in the future.

M. Bucher (Suisse) se prononce également en faveur de la proposition faite par la délégation de l'Allemagne. Il observe que le paragraphe 6 de l'article 22 comporte sans doute l'oubli d'un mot et qu'il faudrait lire : « *under Article 17 [grey list] or which is not [...]* ». Par ailleurs, il s'interroge sur la pertinence de l'ajout de l'article 11, alors qu'il approuve la référence faite à l'article 12. Il rappelle en effet que l'article 11 permet que plusieurs fors soient compétents. Il considère qu'en cas de litispendance entre ces différents fors, le fait d'avoir mentionné l'article 11 empêcherait le fonctionnement de l'article 21 à l'égard d'une telle situation. M. Bucher concède néanmoins que, dès lors que le problème a été soulevé, il faudrait le mettre entre crochets afin d'y revenir ultérieurement.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed with Mr Bucher as to Article 11. He noted that it could not just be included as such since there was more than one form of exclusive jurisdiction under the provision. As to the addition of sub-paragraph *b)*, he held that the drafting would not work. He suggested that if the intention was to say there would be jurisdiction under white list grounds unless the parties were habitually resident in the forum, it should be said explicitly.

Mrs Borrás (Spain) noted that her delegation had long standing concerns with regard to Articles 21 and 22. She stated that for this reason she found the German proposal difficult to accept. She proposed that sub-paragraph *b)* be kept in square brackets.

Mr Musger (Austria) noted that there was a simple solution to any concerns about drafting: sub-paragraphs *a)* and *b)* could be deleted. According to the last part of paragraph 1, Article 21 only applies if a judgment of the court first seised could be recognised under the Convention. This requires either white list jurisdiction or any ground consistent with it (*e.g.*, in a purely domestic case). Sub-paragraphs *a)* and *b)* added nothing to this principle. The whole problem only arose because of the insertion of a reference to white list jurisdiction in paragraph 1. This could be read to exclude situations now covered by sub-paragraph *b)*.

Ms Schulz (Germany) replied that she would be happy with the old text but she explained that difficulties could arise if sub-paragraph *a)* were retained alone.

M. Bucher (Suisse) observe qu'il convient d'être très prudent, même s'il concède qu'il comprend parfaitement les préoccupations exprimées par la délégation de l'Autriche. Il constate que le problème évoqué au sujet de l'article 21, tel que proposé dans le Document de travail No 109, se pose également pour le paragraphe 6 de l'article 22. Il juge bon de laisser la référence faite à des articles de la liste blanche, ainsi que cela a déjà été relevé la veille. Il se prononce en faveur de la suggestion faite par M. Kovar quant à l'insertion d'une note de bas de page relative à la proposition allemande.

The Chair asked if the delegation of Germany could accept this.

Ms Schulz (Germany) said no, since the Article would then be unbalanced.

The Chair stated that the underlined words would be placed in square brackets. He asked the meeting to consider the proposed German amendments to Article 22.

Ms Schulz (Germany) noted that this dealt with the same point but from the other way round. She added that she believed that the use of "or" was not appropriate.

Mr Siqueiros (Mexico) stated that he had concerns with regard to the reference to Article 11.

The Chair stated that the reference to Article 11 would be placed in square brackets.

M. Bucher (Suisse) réitère la proposition faite au sujet de l'article 21 en considérant qu'il convient également de faire une note de bas de page pour le paragraphe 6 de l'article 22.

The Chair stated that it had to be in square brackets. He then asked the meeting to consider Working Documents Nos 110 and 111 (Informal Working Group on Forms). He noted that Article 29 was the same as in the preliminary draft Convention with the addition of a new paragraph 2.

Ms Haines (United States of America) apologised for the lack of a French translation of the proposal. She added that the English version itself needed further consideration and should be kept in square brackets. She then drew the attention of the meeting to the amendments made to the proposed standard form as found in Working Document No 110. She explained that since some concern had been expressed that a court may not have identified a ground for jurisdiction in the judgment, account had been taken of this in paragraph 1. She noted that at the end of paragraph 1 the phrase "not correct" had been omitted. Paragraph 3 had been changed to refer to "payment of money" since it had been pointed out that the concept of "damages" did not make sense in all legal systems. It had further been agreed that the court of origin could indicate any relevant categories of damages, although concerns were raised within the Working Group as to whether this was sensible since the Convention does not require the court addressed to consider the court of origin's legal categorisation of damages when making this determination. Paragraph 5 had been added to allow a distinction to be drawn in relation to court costs and other expenses. She further explained that the verification of the form, with the additional reference to "officer of the court", had been designed to take implementation measures in different national laws into account. Finally, Ms Haines noted, referring to Working Document No 111, that use of the form would not be mandatory.

Mr Liew (Republic of Korea) thanked the Working Group members for their efforts. However he stated that he had several concerns about the proposal. He noted that while the form would not be mandatory it might be hard for a judge to deny an application for a form if one party requested it. Therefore he suggested that it would in fact create a kind of mandatory burden.

He further stated that a judge would have to scrutinise a judgment he had rendered from the viewpoint of the other court in the prospective State to be addressed. This might adversely affect the technique of writing judgments. He added that even if jurisdiction were not contested it would still have to be dealt with in a judgment. He stated that it would not be feasible to impose such a burden on all judges. Mr Liew also noted that there would have to be a centralised support system and that this might touch on the issue of judicial independence.

Mr Liew suggested that an alternative way forward might be through a notarisation system. He further noted that while a court in the State addressed would be bound by findings of fact it would not be bound by legal reasoning. Therefore, he questioned why reference should be made to categories of

damages. He accepted however that there could be use in stating whether a judgment was rendered in default or not.

Mr Möller (Finland) stated that he was happy to see that the form would be optional. He noted that in most cases a court would not make any mention of jurisdiction. He therefore questioned how the form could accurately be completed at some later date.

Mr Siqueiros (Mexico) stated that he agreed with the addition of paragraph 2. He then drew attention to the problem of the translation of the form. He proposed that Article 29(2) include the phrase "by a person officially qualified".

Mr Bennett (Australia) suggested that there should be space at the end of the form for comments. He also noted that it would be more appropriate to say that a court "did not" identify a ground of jurisdiction rather than saying that a court had "failed" to enter a ground. Finally, he added that "yes" and "no" were better than "correct" and "not correct".

M. Bucher (Suisse) constate d'abord qu'au fil de l'avancée de la réunion, il redoute que le Document de travail No 108, produit bien avant par la délégation de la Suisse, soit écarté des discussions. Il salue le contenu de l'article 29, tel que proposé par le Groupe de travail informel sur le formulaire. Il exprime néanmoins le souhait qu'il soit précisé qu'il s'agit d'une simple recommandation et non d'une obligation. Par ailleurs, il considère qu'il est inutile de s'étendre sur le problème posé par les traductions dans l'immédiat et qu'il convient de laisser cela entre crochets, afin de reprendre la question ultérieurement.

D'une façon générale, M. Bucher regrette que les observations qu'il avait faites, notamment au sujet des règles de droit national, n'aient pas été prises en considération par les auteurs de la proposition de formulaire, qui lui paraît nettement imprégnée par une conception propre à la délégation des États-Unis d'Amérique. Il s'inquiète ensuite du fait qu'une nouveauté a été introduite insidieusement. En effet, il est demandé au juge de l'État d'origine de préciser que les dommages et intérêts sont non compensatoires ou excessifs, alors qu'aux termes de l'article 33, après de longues discussions, il a été convenu de confier cette tâche de qualification au juge de l'État requis. Il craint une tentative de contourner la règle ainsi retenue, sous le couvert du formulaire, et il suggère de préciser qu'il ne s'agit que d'une simple hypothèse de travail.

Mr van der Velden (Netherlands) noted that he saw the advantages of the new Article 29(2). He suggested that the standard form could be elaborated by a subsequent Special Commission after the Convention was finalised.

The Chair stated that a footnote could be added on this suggestion.

Mr Wagner (Germany) thanked the Working Group. He stated that he shared most of the concerns mentioned by the other delegates. He noted that if the judgment of the court of origin was clear all these questions would not have to be asked. However, if the judgment were not clear it would be difficult to answer them. He asked how a form could be completed years after the event.

The Chair noted that there was no agreement on this issue. Nevertheless, he pointed out that it would be useful for the proposal to be kept in the record to allow for further consideration and reflection.

Mr Beaton (United Kingdom) stated that he agreed. He noted that there was general support for the idea that the form be discretionary. He further suggested that the wording in Working Document No 111 be kept in square brackets.

The Chair stated that before coming to Working Document No 111 there had to be agreement on what to do with Working Document No 110. He noted that there was support for retaining Working Document No 110 in an annex.

Mr Kovar (United States of America) proposed that the amendment be placed in square brackets.

The Chair stated that this would be done. He added that there was regrettably not enough time to deal with Working Document No 108. He then invited Mr Nygh (co-Reporter) to explain what would happen with the consolidated text.

Mr Nygh (co-Reporter) noted that the consolidated text would not be ready until next week. He explained that the English version had to be finalised in conjunction with the French text. He added that it would take the same form as Working Document No 98, namely a text with square brackets and footnotes to explain the square brackets. Finally, he asked that all comments be put in writing.

The Chair informed the meeting that since there was not a complete document to present to Commission I he had drafted a report to explain where the negotiations had ended up. He read the report to the meeting.

The delegates accepted the report as accurately reflecting where the discussions had ended.

Le Secrétaire général indique aux participants de la Commission II, sur l'exécution des jugements, que le texte du Rapport établi par le Président sera disponible sous peu dans les deux langues officielles de la Conférence. Il donne ensuite la liste des documents utiles ainsi que divers renseignements relatifs à la Commission I, sur les affaires générales et la politique de la Conférence, devant débuter le lendemain, sous la présidence de Mme Jametti Greiner (Suisse).

Mr Bennett (Australia) thanked Mr Smith on behalf of all the delegates and observers present for his excellent chairmanship of the meeting. He noted that it was not an easy task to chair the meeting but he stated that Mr Smith had managed to carry out his role with learning, skill and humour.

Mme Borrás (Espagne) souligne qu'il n'est jamais facile de présider une Commission, et que ce fut en particulier le cas pour celle-ci, tant le projet était ambitieux et difficile. Elle relève en ce sens que plus d'une centaine de Documents de travail ont été distribués. Louant les mérites du Président, M. Smith, elle lui adresse de très sincères remerciements au nom de l'ensemble des participants qui se sont, selon elle, prononcés à l'unanimité à cet égard.

The Chair thanked the delegates and observers for the work they had put into the negotiations. He stated that the consolidated text represented a complete package for further consideration. He then thanked the co-Reporters, the staff of the Permanent Bureau and the interpreters for all their efforts.

The meeting was closed at 1.15 p.m.

Procès-verbal/Minutes No 22

Avant-projet de Convention
Preliminary draft Convention

Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001 – Texte provisoire

PRÉPARÉ PAR LE BUREAU PERMANENT
ET LES CO-RAPPORTEURS

Afin de faciliter la lecture, ce résumé suit l'ordre des articles tel que prévu dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il est entendu que la structure et la forme de la Convention restent à discuter.*

CHAPITRE * – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

Article 1 Champ d'application matériel

1 La Convention s'applique en matière civile et commerciale[1]. Elle ne comprend pas, notamment, les matières fiscales, douanières et autres[2] matières administratives[3].

2 Sont exclus du domaine de la Convention :

a) l'état et la capacité des personnes ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues ;

d) les testaments et successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues ;

f) la sécurité sociale ;

g)[4] l'arbitrage et les procédures y afférentes[5] ;

h) les matières maritimes ;

[*i)* les entraves à la concurrence (anti-trust) ;][6]

[*j)* la responsabilité en matière nucléaire ;][7]

k)[8] *Option A*

[les mesures provisoires et conservatoires autres que des ordonnances de paiement provisoire ;][9]

Option B

[les mesures provisoires ou conservatoires [autres que celles prévues aux articles 13 et 23A] ;][10]

[*l)* les droits réels immobiliers ;][11]

[*m)* la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives][12].

[3 La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage ni aux procédures y afférentes. Elle n'exige pas d'un État contractant de reconnaître ou d'exécuter un jugement si l'exercice de la compétence par le tribunal d'origine n'était pas conforme à une convention d'arbitrage.][13]

4 Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie.

5 La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

Article 2 Champ d'application territorial[14]

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

a) l'article 4 s'applique si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour

* Voir l'avant-projet de Convention, ci-dessus p. 190 du présent tome. NB : Seules les propositions reprises à leur compte par des délégations des États membres ont été retenues.

[1] Il a été proposé d'ajouter les termes « devant les tribunaux des États contractants » à la fin de la première phrase. Cette proposition n'a pas été discutée. Voir le commentaire dans le Doc. prél. No 11 d'août 2000, « Rapport de la Commission spéciale établi par Peter Nygh et Fausto Pocar » (le « Rapport Nygh / Pocar », ci-dessus p. 206 du présent tome), au No 28, indiquant qu'il y avait un consensus lors de la Commission spéciale pour limiter l'application de la Convention aux instances (procédures) devant les tribunaux. La Session diplomatique ne semble pas vouloir s'écarter de ce consensus à l'exception éventuelle des instruments authentiques (voir l'art. 35 ci-dessous). Il faut toutefois noter qu'il a été proposé de faire entrer les décisions de certains organes administratifs dans le champ d'application de l'article 12, cf. note 88, ci-dessous.

[2] Il y a eu accord pour ajouter le terme « autres » indiquant que les matières fiscales et douanières sont également de nature administrative.

[3] Le souhait a été exprimé de clarifier davantage le sens et la portée de l'expression « matières administratives ». Une tentative d'apporter davantage de clarification a été faite mais n'a pas obtenu de consensus. Cette clarification aurait en outre fusionné les paragraphes 3 et 1er.

[4] Un accord général s'est dégagé sur le fait que la résolution alternative des contentieux, sauf dans la mesure où celle-ci prend corps dans un jugement d'accord ou une transaction homologuée par un tribunal, conformément à l'article 36 ci-dessous, est également exclue du champ d'application de la Convention.

[5] Si le paragraphe 3 (voir ci-dessous) était accepté, il faudrait supprimer l'alinéa *g)*.

[6] Un accord général s'est dégagé sur l'approche, sous réserve d'étude plus approfondie, de la proposition tendant à exclure du domaine de la Convention certains aspects de ce qui est visé aux États-Unis par l'expression « actions anti-trust » (notamment dans les Sherman Act, Clayton Act, et les dispositions anti-trust du Federal Trade Commission Act), comme les actions contre les cartels, l'exercice d'un monopole, l'abus de position dominante, les entraves horizontales ou verticales, les fusions et acquisitions, les ententes de prix ou prix discriminatoires. D'autre part, il a été reconnu que des termes tels que « concurrence déloyale » (*unfair competition*) sont trop larges puisque susceptibles, dans certains systèmes, d'inclure des matières dolosives ou trompeuses comme le passing off et la violation des marques, droits d'auteur et brevets. La difficulté consiste à trouver les termes appropriés pour définir le domaine à exclure, tout en étant compréhensible au plan international.

[7] Il n'y a pas eu de consensus sur l'exclusion proposée.

[8] Cet alinéa serait supprimé si l'article 13 (option A) était adopté.

[9] L'objectif de cette option (voir la discussion de l'art. 13, ci-dessous) est d'exclure du champ d'application de la Convention les mesures provisoires et conservatoires, tout en s'assurant que la compétence pour ordonner un paiement provisoire demeure soumise à la liste des chefs de compétence interdits. Les auteurs de cette option proposent d'inclure une disposition au chapitre relatif à la reconnaissance et à l'exécution afin de préciser que les ordonnances de paiement provisoire ne seront pas reconnues et exécutées en vertu de la Convention. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[10] Cette seconde option reflète avant tout le souhait d'exclure les mesures provisoires et conservatoires de la portée de la Convention. Cette option diffère de la première en excluant expressément chacune des catégories de mesures provisoires et conservatoires par l'utilisation du terme « ou » et en omettant toute référence à un paiement provisoire. Les termes « autres que celles prévues aux articles 13 et 23A » apparaissant entre les crochets supplémentaires sont néanmoins proposés comme option additionnelle par ceux favorisant une compétence ainsi qu'une reconnaissance et une exécution restreintes des mesures provisoires et conservatoires. Aucune de ces propositions n'a fait l'objet d'un consensus.

[11] L'exclusion de cette question du champ d'application de la Convention a été proposée. Voir l'article 12(1) ci-dessous.

[12] L'exclusion de cette question du champ d'application de la Convention a été proposée. Voir l'article 12(2) ci-dessous.

[13] Cette proposition vise à tenir compte du souhait exprimé de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu au mépris d'une convention d'arbitrage ou qui est contraire à une sentence arbitrale. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[14] Une autre proposition d'amendement du paragraphe 1er de cet article est insérée dans la proposition 4 de l'annexe 1 ci-dessous.

Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001 – Interim Text

PREPARED BY THE PERMANENT BUREAU
AND THE CO-REPORTERS

*For the sake of clarity this summary follows the order of the Articles as set out in the preliminary draft Convention of October 1999. It is understood that the structure and form of the Convention awaits final discussion.**

CHAPTER * – SUBSTANTIVE SCOPE

Article 1 Substantive scope

1 The Convention applies to civil and commercial matters.[1] It shall not extend in particular to revenue, customs or other[2] administrative matters.[3]

2 The Convention does not apply to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous proceedings;

f) social security;

g)[4] arbitration and proceedings related thereto;[5]

h) admiralty or maritime matters;

[*i)* anti-trust or competition claims;][6]

[*j)* nuclear liability;][7]

k)[8] *Alternative A*

[provisional and protective measures other than interim payment orders;][9]

Alternative B

[provisional or protective measures [other than those mentioned in Articles 13 and 23A];][10]

[*l)* rights *in rem* in immovable property;][11]

[*m)* validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto].[12]

[3 This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.][13]

4 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for the State is a party thereto.

5 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 Territorial scope[14]

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State –

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to

* See the preliminary draft Convention, *supra* p. 191 of this tome. NB: Proposals have only been included if endorsed by Member State delegations.

[1] It has been proposed to add the words "before courts of Contracting States" at the end of the first sentence. This proposal has not been discussed. Note the statement in Prel. Doc. No 11 of August 2000, "Report of the Special Commission by Peter Nygh and Fausto Pocar" (the "Nygh / Pocar Report", *supra* p. 207 of this tome), at No 28, that there was a consensus in the Special Commission that the application of the Convention should be confined to proceedings before courts. There was no suggestion in the Diplomatic Session that this consensus should be departed from with the possible exception of authentic instruments (see Art. 35 below). It should be noted, however, that there were proposals to include decisions of certain administrative organs in the scope of Article 12. See note 88 below.

[2] It was agreed to add the word "other" in order to indicate that revenue and customs matters are also of an administrative nature.

[3] A desire was expressed for further clarification of the meaning and scope of "administrative matters". An attempt to provide further clarification was made, but this did not achieve consensus. That clarification would also have merged paragraph 3 with paragraph 1.

[4] There was general agreement that alternative dispute resolution was also outside the scope of the Convention, except to the extent that it has resulted in a consent judgment or settlement to which the court has given its authority under Article 36 below.

[5] If paragraph 3 (see below) were to be accepted, this sub-paragraph should be deleted.

[6] There was general agreement towards the proposal's approach, subject to further study, that certain aspects of what is covered in the United States (including the Sherman Act, the Clayton Act and the antitrust portions of the Federal Trade Commission Act) by the term "anti-trust claims" such as actions against cartels, monopolisation, abuse of market dominance, horizontal or vertical restraints, mergers and acquisitions, price fixing or price discrimination be excluded from the Convention. On the other hand, it was acknowledged that words such as "unfair competition" (*concurrence déloyale*) went too far since in certain systems it might include matters such as misleading or deceptive practices, passing off and infringement of marks, copyrights and patents. The problem remains of finding the appropriate terminology to define the area to be excluded and which can be understood at the international level.

[7] There was no consensus on this proposed exclusion.

[8] This sub-paragraph would be deleted if Article 13 (Alternative A) were adopted.

[9] The intention of this Alternative (see the discussion of Art. 13 below) is to exclude provisional and protective measures from the scope of the Convention but to ensure that jurisdiction to make interim payment orders remains subject to the list of prohibited jurisdictions. The proponents of this version favour the inclusion of a provision in the Chapter on recognition and enforcement to clarify that interim payment orders will not be recognised or enforced under the Convention. There was no consensus on this proposal.

[10] This second Alternative is primarily inspired by a wish to exclude provisional and protective measures from the scope of the Convention. It differs from the first Alternative in specifically excluding each of the categories of provisional measures and protective measures by using the word "or" and by omitting any reference to interim payments. However, the words within the final brackets "other than those mentioned in Articles 13 and 23A" are put forward as a further option for those who favour a restricted provision for jurisdiction and recognition and enforcement in respect of provisional and protective measures. There was no consensus in respect of any of these options.

[11] The exclusion of this matter from the scope of the Convention has been proposed. See Article 12(1) below.

[12] The exclusion of this matter from the scope of the Convention has been proposed. See Article 12(2) below.

[13] This proposal is designed to meet the desire expressed that a judgment given in breach of an arbitration agreement or contrary to an arbitration award not be recognised or enforced. There was no consensus on this proposal.

[14] Another proposal for the amendment of paragraph 1 of this Article has been reproduced as part of Proposal 4 in Annex I below.

connaître du différend [dès lors que le litige présente un caractère international][15];

b) l'article 12, relatif aux compétences exclusives, s'applique;

c) les articles 21 et 22 s'appliquent lorsque le tribunal doit déterminer s'il y a lieu de renoncer à exercer sa compétence ou de suspendre la procédure au motif que les tribunaux d'un autre État contractant devraient statuer sur le litige.

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

CHAPITRE ** – COMPÉTENCE

Article 3 For du défendeur[16]

1 Sous réserve des dispositions de la Convention, un défendeur peut être attrait devant les tribunaux de l'État de sa résidence [habituelle].

[2 Aux fins de la Convention, une personne physique est réputée résidente:

a) si cette personne est résidente dans un seul État, dans cet État;

b) si cette personne est résidente dans plusieurs États,

i) dans l'État de sa résidence principale; ou

ii) si cette personne n'a pas de résidence principale dans aucun État, dans chaque État dans lequel cette personne est résidente.][17]

3 Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être [habituellement] résidente dans l'État:

a) de son siège statutaire;

b) selon la loi duquel elle a été constituée;

c) de son administration centrale; ou

d) de son principal établissement[18].

Article 4 Élection de for

1 Si les parties sont convenues [d'un tribunal ou] [des][19] tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, [ce tribunal ou ces] [les][20] tribunaux [de cet État contractant][21] sont[, sous réserve de la compétence à raison de la matière,][22] seuls compétents, à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Si une clause désigne à titre exclusif [un tribunal ou] [des] tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si [le tribunal ou][23] les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. [La validité d'une telle clause en cas de manque de consentement (notamment en cas de fraude ou de contrainte) ou d'incapacité est soumise au droit national, y compris ses règles de droit international privé.][24]

2 Une telle clause au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue:

a) par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement;

b) oralement et confirmée par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties;

d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause[25].

3 Lorsqu'un défendeur accepte expressément la compétence d'un tribunal d'un État contractant et que cette acceptation est [par écrit ou constatée par écrit], ce tribunal est compétent[26].

[4 La validité matérielle d'une clause attributive de juridiction est soumise à la loi applicable désignée par les règles de conflit du for.][27]

[15] Une inquiétude s'est exprimée quant à l'alinéa *a)* qui, dans sa présente forme, pourrait avoir pour effet d'appliquer la Convention à des situations purement domestiques, qui impliqueraient non seulement des parties habituellement résidentes dans un seul État, mais aussi des relations juridiques et des questions entièrement limitées à l'État: voir le Rapport Nygh / Pocar au No 67 et la note 41. Le texte entre crochets est proposé afin d'ériger un lien international. Il a été objecté à cette proposition, au motif qu'il serait difficile de définir la nature internationale d'un différend, avec pour conséquence des interprétations divergentes. L'avis selon lequel cette question devrait uniquement être déterminée par le tribunal désigné a également été exprimé. D'autres suggestions ont été faites: la suppression de l'alinéa *a)* selon lequel la Convention, y inclus l'article 4, ne s'appliquerait pas si les parties à une clause d'élection de for étaient habituellement résidentes dans un seul État, ou étendre l'application de l'article 22 afin de permettre au tribunal désigné, dans une telle situation, de refuser d'exercer sa compétence.

[16] Il y a consensus sur le for du défendeur en tant que chef de compétence générale.

[17] L'avis selon lequel la «résidence habituelle» a acquis une signification trop technique dans l'interprétation des précédentes Conventions de La Haye, en particulier de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, a été exprimé. Un autre point de vue a favorisé la continuité du concept établi de «résidence habituelle» et a craint que «résidence» ne constitue un lien trop faible. Il a été souligné qu'en vertu de la version actuelle de l'article 18(2) *i)*, «la résidence temporaire [...] du défendeur» est un chef de compétence interdit. Si le paragraphe 2 était accepté, il serait nécessaire d'amender d'autres articles en conséquence. Il a également été suggéré de rédiger un article de définitions distinct. Il n'y a pas eu de consensus sur ces points.

[18] Il semble y avoir accord sur ce paragraphe, à l'exception de l'inclusion du terme «habituellement», voir note 17 ci-dessus. L'insertion du paragraphe 2 aurait des répercussions sur la numérotation des alinéas.

[19] Il a été proposé de supprimer dans le paragraphe 1er l'expression «d'un tribunal ou» et d'utiliser l'expression «des tribunaux» de l'État désigné, par crainte que le paragraphe 1er permette à un tribunal d'interpréter une clause d'élection de for contenue dans un contrat comme lui attribuant une compétence qu'il ne pourrait exercer en vertu du droit national. Il y a eu accord général pour dire qu'une clause d'élection de for peut conférer compétence sur la personne du défendeur uniquement et non pas sur une matière tombant en dehors de la compétence du tribunal désigné; voir les commentaires des co-Rapporteurs aux Nos 72 et 73 du Rapport Nygh / Pocar. Toutefois, des doutes ont été formulés quant à la nécessité ou le bien-fondé de cette proposition.

[20] Voir la note 19 ci-dessus.

[21] *Id.*

[22] Ce texte est proposé comme option pour résoudre la difficulté évoquée dans la note 19 ci-dessus.

[23] Voir la note 19 ci-dessus.

[24] Cette proposition vise à confirmer que la validité matérielle de la clause d'élection de for est soumise à la loi nationale du for saisi, y compris ses règles de conflit de lois. Elle vise en outre à limiter la validité matérielle aux questions affectant le consentement ou la capacité des parties par opposition aux questions touchant au caractère raisonnable de la clause ou à l'ordre public. Des objections ont toutefois été soulevées quant à considérer le caractère raisonnable d'un élément de consentement ou de capacité. Il a également été souligné que les règles générales de validité des contrats devraient s'appliquer sans limitation de consentement ou capacité, cf. également paragraphes 4 et 5, notes 27 et 28. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[25] La nouvelle rédaction de ce paragraphe a été acceptée par consensus. La nouvelle rédaction supprime l'expression «ou confirmée» du chapeau pour l'inclure à l'alinéa *b)* où elle est mieux située.

[26] Ce paragraphe vise la situation où un défendeur consent à comparaître et à se défendre dans une juridiction autre que celle choisie. Il y a eu un consensus quant à l'objet de cette disposition. En revanche, il a été suggéré que la référence à l'expression «par écrit» soit alignée sur celle du paragraphe 2.

[27] Cette proposition a été suggérée comme option à celle discutée à la note 24, ci-dessus. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

determine the dispute [provided that dispute is of an international character];[15]

b) Article 12, regarding exclusive jurisdiction, shall apply;

c) Articles 21 and 22 shall apply where the court is required to determine whether to decline jurisdiction or suspend its proceedings on the grounds that the dispute ought to be determined in the courts of another Contracting State.

2 The provisions of Chapter III apply to the recognition and enforcement in a Contracting State of a judgment rendered in another Contracting State.

CHAPTER ** – JURISDICTION

Article 3 Defendant's forum[16]

1 Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of [a] [the] State [in which] [where] that defendant is [habitually] resident.

[2 For the purposes of the Convention, a natural person shall be considered to be resident –

a) if that person is resident in only one State, in that State;

b) if that person is resident in more than one State,

i) in the State in which that person has his or her principal residence; or

ii) if that person does not have a principal residence in any one State, in each State in which that person is resident.][17]

3 For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be [habitually] resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.[18]

Article 4 Choice of court

1 If the parties have agreed that [a court or] [the][19] courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, [that court or those] [the][20] courts [of that Contracting State][21] shall have jurisdiction[, provided the court has subject matter jurisdiction][22] and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates [a court or] [the] courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the [court or][23] courts chosen have themselves declined jurisdiction. [Whether such an agreement is invalid for lack of consent (for example, due to fraud or duress) or incapacity shall depend on national law including its rules of private international law.][24]

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and confirmed in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.[25]

3 Where a defendant expressly accepts jurisdiction before a court of a Contracting State, and that acceptance is [in writing or evidenced in writing], that court shall have jurisdiction.[26]

[4 The substantive validity of an agreement conferring jurisdiction shall be determined in accordance with the applicable law as designated by the choice of law rules of the forum.][27]

[15] Concern has been expressed that sub-paragraph *a)* as it stands will have the effect of making the Convention applicable to purely domestic situations involving not only parties who were habitually resident within the same State but also involving a legal relationship and a subject matter entirely confined to that State: see the Nygh / Pocar Report at No 67 and note 41. The words in brackets were proposed to require an international connection. This proposal was opposed, and it was pointed out that it was difficult to define when a dispute was of an international nature and that this might lead to divergent interpretations. The view was also expressed that this issue should be determined only by the selected court. Other suggestions made were: that sub-paragraph *a)* be deleted with the result that the Convention, including Article 4, would not apply if all the parties to the choice of forum agreement were habitually resident in the same State, or extending Article 22 in order to allow the selected court in such a situation to decline jurisdiction.

[16] There is agreement on the defendant's forum as a forum of general jurisdiction.

[17] The view has been expressed that "habitual residence" has acquired too technical a meaning in the interpretation of earlier Hague Conventions, particularly the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. Another view favoured continuity of the established concept of "habitual residence" and feared that "residence" provided too slight a connection. Reference was made to the appearance of "the temporary residence [...] of the defendant" in Article 18(2) *i)*, as it now stands, as one of the prohibited grounds of jurisdiction. If the proposed paragraph 2 were accepted, consequential amendments to other articles would be necessary. It was also suggested that a separate definitions article be drafted. There was no consensus on these points.

[18] There appears to be agreement on this paragraph, except for the inclusion of the word "habitual", see note 17 above. A re-numbering would be required if paragraph 2 were inserted.

[19] It has been proposed to delete the reference in paragraph 1 to "a court or" and refer to "the courts" of the chosen State, to meet the concern that paragraph 1 could allow a court to interpret a choice of forum clause in a contract as conferring jurisdiction on a specific court that it would not otherwise be authorised to exercise under national law. There was a general agreement that a choice of forum clause could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not in respect of subject matter outside the competence of the chosen court; see the comments of the co-Reporters at Nos 72-73 of the Nygh / Pocar Report. However, doubts were expressed as to whether this proposal was either necessary or appropriate.

[20] See note 19 above.

[21] *Id.*

[22] This is an alternative proposal to address the problem referred to in note 19 above.

[23] See note 19 above.

[24] This proposal seeks to confirm that the substantive validity of the choice of forum agreement is governed by the national law of the forum seised, including its choice of law rules. It also seeks to confine substantive validity to questions affecting the consent or capacity of the parties as opposed to questions of reasonableness and public policy. Objections were raised, however, that reasonableness could be an element of consent or capacity. It was also pointed out that general rules of contract validity should apply without limitation to consent or capacity. See also paragraphs 4 and 5 and notes 27 and 28. There was no consensus on this proposal.

[25] This paragraph as redrafted was accepted by agreement. The redraft moves the words "or confirmed" from the chapeau to sub-paragraph *b)* where they are more appropriate.

[26] This paragraph is intended to deal with the situation where a defendant consents to appear and defend in a jurisdiction other than the chosen one. There was agreement as regards the purpose of this provision, but the view was expressed that the reference to "writing" should be aligned with paragraph 2.

[27] This is an alternative proposal to that discussed in note 24 above. There was no consensus on this proposal.

5 [Les parties ne peuvent être privées du droit de conclure une telle clause.][28] [Toutefois,] [de telles clauses ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 7, 8 et 12.][29]

Article 5 Droit du défendeur à contester la compétence[30]

[Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal en vertu des articles [liste blanche] [au moins jusqu'] [au plus tard][31] au moment de sa première défense au fond.][32]

Article 6 Contrats[33]

[*Option A*

1 [Sous réserve des dispositions des articles 7 et 8,][34] le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel le défendeur a exercé une activité fréquente [et] [ou][35] significative ; [ou

b) vers lequel le défendeur a dirigé une activité fréquente [et] [ou] significative ;][36]

pourvu que l'action soit fondée sur un contrat directement lié à cette activité [et que la relation du défendeur avec cet État, prise dans son ensemble, rende raisonnable qu'il soit attrait devant les tribunaux de cet État][37].

[*Variante 1*[38]

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » signifie un ou plusieurs des éléments suivants :

a) la promotion [régulière et substantielle] de l'entreprise commerciale ou professionnelle du défendeur dans le but de conclure des contrats de cette nature ;

b) la présence régulière ou prolongée du défendeur dans le but de négocier des contrats de cette nature, si le contrat en cause a été exécuté au moins en partie dans cet État[, sans qu'il soit tenu compte du seul paiement d'une somme d'argent, sauf dans le cas des contrats de prêt ou de vente et d'achat de devises][39] ;

c) l'exécution du contrat qui consiste en la fourniture d'objets mobiliers corporels ou la prestation de services en tout ou en partie significative.]

[*Variante 2*[40]

2 Au sens du paragraphe précédent, « activité » comprend, notamment, la promotion, les pourparlers et l'exécution des contrats.

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le défendeur a entrepris des démarches raisonnables tendant à éviter la conclusion d'un contrat ou d'exécuter une obligation dans cet État.][41]]]

[*Option B*[42]

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

a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie ;

b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ;

c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.]

[*Article 7 Contrats conclus par les consommateurs*[43]

1 Cet article s'applique aux contrats entre une personne physique qui agit principalement dans un but personnel, familial ou domestique, le consommateur, avec une personne qui agit dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale[, à moins que cette autre partie ne prouve qu'elle ne savait pas et n'avait aucune raison de savoir que le consommateur concluait le contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique, et qu'elle n'aurait pas conclu le contrat si elle l'avait su][44].

2 Sous réserve des paragraphes [5 à 7], un consommateur peut introduire [des procédures / une action contractuelle][45] devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle, si l'action est relative à un contrat qui résulte des activités incluant la promotion ou la négociation de contrats, que l'autre

[28] Cette proposition vise à préciser que le droit national ne peut pas interdire, de façon expresse ou par le biais de l'ordre public, les clauses d'élection de for, sauf dans les cas permis par la Convention comme les contrats de consommation ou les contrats individuels de travail ; voir le point de vue des co-Rapporteurs au No 70 du Rapport Nygh / Pocar. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[29] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Le lien entre les dispositions d'élection de for et les contrats de consommation et les contrats individuels de travail n'a pas encore été résolu.

[30] Voir également article 27A, ci-dessous.

[31] Il a été proposé de supprimer l'expression « au plus tard » et de la remplacer par « au moins jusqu' ». Le but de cette proposition est de préciser que c'est une condition minimum. Elle n'a pas fait l'objet d'un consensus.

[32] Il a été proposé de supprimer entièrement cette disposition, arguant qu'elle s'immiscerait dans le rôle réservé au droit national. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.

[33] Il n'y a pas eu de consensus sur les chefs de compétence en matière contractuelle. Dans les dispositions qui suivent, deux options sont présentées : une fondée sur l'activité (avec plusieurs options secondaires), l'autre fondée sur le lieu d'exécution.

[34] Ce texte renvoie aux dispositions relatives aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail pour lesquelles aucune décision n'a été prise.

[35] Suivant ce texte, la question de savoir si les exigences de fréquence et d'importance des activités doivent être cumulatives ou alternatives demeure ouverte.

[36] Suivant ce texte, la question de savoir si les activités du défendeur doivent prendre place dans l'État du for ou peuvent être dirigées à partir de l'extérieur de cet État vers l'État du for demeure ouverte.

[37] Si le texte entre crochets est accepté, il constituerait une condition supplémentaire à satisfaire, en plus de la fréquence et / ou l'importance de l'activité.

[38] Dans cette variante, la portée du terme « activité » serait limitée aux activités de promotion, de négociation et d'exécution des contrats qui sont définies plus en détail dans les alinéas qui suivent.

[39] Si le texte entre crochets est accepté, le paiement d'une somme pour un prix d'achat ou pour un honoraire pour des services rendus serait exclu de la portée du terme « exécution ».

[40] Dans cette variante les activités de promotion, de négociation et d'exécution seraient couvertes par le terme « activité ». Par contre, la variante ne définirait pas les paramètres du terme « activité ».

[41] Cette proposition, dont l'étude est sujette à l'adoption de la variante 1 ou de la variante 2, vise à protéger les entreprises, y compris celles qui utilisent les moyens du commerce électronique et qui prennent des précautions afin d'éviter de contracter des obligations dans un État particulier, évitant ainsi d'être soumises à la compétence des tribunaux de cet État.

[42] Ce texte qui est proposé comme option correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[43] Les quatre premiers paragraphes de cet article sont communs aux trois options présentées (il est à noter que la deuxième option comprend deux variantes). Ces options sont insérées dans le texte afin de satisfaire le désir de certaines délégations de permettre les clauses d'élection de for dans les contrats conclus par les consommateurs lorsque la loi applicable admet un tel choix, l'accord est conforme aux exigences prévues aux paragraphes 1er et 2 de l'article 4, et l'accord est valide quant au fond en vertu de la loi applicable. Une quatrième option a été suggérée : exclure les contrats entre entreprises et consommateurs (« *business to consumer* ») du champ d'application de la Convention. Aussi, l'article au complet a été placé entre crochets. Il n'y a pas eu de consensus pour supprimer ou privilégier l'une ou l'autre de ces options.

[44] L'expression entre crochets a pour objectif d'offrir une certaine protection aux entreprises, plus particulièrement dans le cas des transactions à distance comme celles du commerce électronique lors desquelles les entreprises ne peuvent vérifier l'identité de leurs interlocuteurs ou la véracité de leurs représentations. On s'est opposé à l'inclusion de cette disposition en raison de la difficulté, pour un consommateur, de réfuter une allégation selon laquelle l'entreprise ne pouvait savoir que l'acheteur était un consommateur.

[45] Les procédures introduites par les consommateurs ne sont pas toutes des actions contractuelles. Elles peuvent être des actions pour des délits de *common law*, ou des actions civiles dont le motif est prévu par une loi sur la protection des consommateurs. Certaines délégations ont voulu limiter l'application du paragraphe 2 aux actions contractuelles. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

5 [The parties cannot be deprived of the right to enter into agreements conferring jurisdiction.][28] [However,] [such agreements and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12.][29]

Article 5 Defendant's right to contest jurisdiction[30]

[The defendant shall have the right to contest jurisdiction under Articles [white list] [at least until] [no later than at][31] the time of the first defence on the merits.][32]

Article 6 Contracts[33]

[*Alternative A*

1 [Subject to the provisions of Articles 7 and 8,][34] a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State –

a) in which the defendant has conducted frequent [and] [or][35] significant activity; [or

b) into which the defendant has directed frequent [and] [or] significant activity;][36]

provided that the claim is based on a contract directly related to that activity [and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State].[37]

[*Variant 1*[38]

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" means one or more of the following –

a) [regular and substantial] promotion of the commercial or professional ventures of the defendant for the conclusion of contracts of this kind;

b) the defendant's regular or extended presence for the purpose of negotiating contracts of this kind, provided that the contract in question was performed at least in part in that State[. Performance in this sub-paragraph refers [only] to non-monetary performance, except in case of loans or of contracts for the purchase and sale of currency];[39]

c) the performance of a contract by supplying goods or services, as a whole or to a significant part.]

[*Variant 2*[40]

2 For the purposes of the preceding paragraph, "activity" includes, *inter alia*, the promotion, negotiation, and performance of a contract.

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into or performing an obligation in that State.][41]]]

[*Alternative B*[42]

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;

b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;

c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.]

[*Article 7 Contracts concluded by consumers*[43]

1 This Article applies to contracts between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes, the consumer, and another party acting for the purposes of its trade or profession[, unless the other party demonstrates that it neither knew nor had reason to know that the consumer was concluding the contract primarily for personal, family or household purposes, and would not have entered into the contract if it had known otherwise].[44]

2 Subject to paragraphs [5 to 7], a consumer may bring [proceedings] [an action in contract][45] in the courts of the State in which the consumer is habitually resident if the claim relates to a contract which arises out of activities, including promotion or negotiation of contracts, which the other party

[28] This proposal seeks to make it clear that national law may not prohibit the entry into choice of forum clauses by express prohibition or the use of public policy, except in the cases which may be provided for in the Convention, such as consumer transactions or employment contracts; see the views expressed by the co-Reporters at No 70 of the Nygh / Pocar Report. There was no consensus on this proposal.

[29] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. The relationship between the choice of forum provisions and consumer transactions and employment contracts still has to be resolved.

[30] See also Article 27A below.

[31] It was proposed to delete the words "no later than at" and substitute the words "at least until". The purpose of this proposal was to make clear it was a minimum condition. It did not receive consensus.

[32] It was proposed that this provision be deleted in its entirety as an intrusion into the proper role of national law. There was no consensus on this issue.

[33] There was no consensus on the basis for jurisdiction in contractual matters. In the material that follows, two basic options are put forward: one alternative refers to activity (with several sub-options) and the other alternative focuses on the place of performance.

[34] This refers to the provisions on consumer transactions and employment contracts on which no decisions have been taken as yet.

[35] This leaves open the question of whether the requirements of frequency and significance should be cumulative or alternative.

[36] This leaves open the question of whether the activity of the defendant should take place within the State of the forum or could be directed from outside that State into the State of the forum.

[37] If the words within brackets are accepted, this would be a condition to be satisfied in addition to that of frequent and / or significant activity.

[38] In this Variant the scope of "activity" would be confined to the activities of promotion, negotiation and performance which are further defined in the following sub-paragraphs.

[39] The words in brackets, if accepted, would exclude the payment of the purchase price or fee for services rendered from the scope of "performance".

[40] Under this Variant the activities of promotion, negotiation and performance would be within the scope of "activity" but its parameters would not be defined.

[41] This proposal, which would have to be considered whether Variant 1 or 2 were to be adopted, seeks to protect business parties, including those using electronic commerce, who take measures to avoid entering into obligations in a particular State and thereby avoid becoming subject to the jurisdiction of the courts of that State.

[42] This Alternative consists of the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.

[43] This Article consists of the first four common paragraphs with three different alternative solutions (including two variants of the second alternative) to meet the desire of some delegations to allow a choice of forum clause in consumer contracts in cases where the relevant law permits this, the agreement complies with the requirements of Article 4, paragraphs 1 and 2, and provided the agreement is valid as to substance under the applicable law. A fourth alternative solution has also been suggested: to exclude business to consumer contracts from the scope of the Convention. For that reason the whole of the Article is placed in square brackets. There was no consensus in respect of any of them either that one or more should be omitted or that any should be preferred.

[44] The purpose of this provision within brackets is to give some protection to the business party, especially in a long distance transaction such as in electronic commerce, where the business party cannot easily ascertain with whom it is dealing or the truthfulness of that person's representations. There was opposition to the insertion of this provision on the ground that it would be very difficult for a consumer to rebut an allegation that the business was unaware that the buyer was a consumer.

[45] Not all proceedings brought by consumers are actions in contract. They may be actions for a common law tort or delict, or a civil claim on a ground provided for by a statute enacted for the protection of consumers. Some delegations wanted to confine paragraph 2 to actions in contract. There was no consensus on this point.

partie a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État[, à moins que[46] [cette partie établisse que][47] :

a) le consommateur [n'ait] [a] accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État ;

[*b)* et les biens [n'aient] [ont] été livrés ou les services n'aient été fournis au consommateur alors qu'il se trouvait dans cet autre État][48].]

[3 Aux fins du paragraphe 2 l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un État si l'autre partie démontre qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet État.][49]

4 Sous réserve des paragraphes [5 à 7], l'autre partie au contrat peut instituer des procédures contre un consommateur en vertu de la Convention seulement devant les tribunaux de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle[50].

[*Option A*[51]

5 L'article 4 s'applique à un accord d'élection de for conclu entre un consommateur et l'autre partie si l'accord est conclu après la naissance du litige[52].

6 Lorsque le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige, le consommateur peut introduire des procédures contre l'autre partie devant les tribunaux de l'État désigné dans l'accord[53].

7 Lorsque le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige, l'article 4 s'applique à l'accord dans la mesure où il lie les deux parties en vertu du droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur au moment de la conclusion de l'accord[54].

Ajouter au début de l'article 25 les mots :

« Sous réserve de l'article 25 *bis* ».

Insérer :

[*Article 25* bis[55]

1 Un État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, ou indiquer quelles sont les conditions auxquelles il reconnaîtra ou exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, lorsque :

a) le jugement a été rendu par le tribunal d'origine en vertu de l'article 7(2) [ou 8(2)][56] ; et

b) les parties avaient conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4 par lequel elles désignent un tribunal autre que le tribunal d'origine[57].

[2 Une déclaration en vertu du présent article ne peut être faite pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en application de l'article 7(2) [ou 8(2)] si l'État contractant qui fait la déclaration serait compétent en vertu de l'article pertinent dans un cas correspondant.][58]

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée par un État contractant qui a fait une déclaration prévue par le paragraphe premier conformément aux termes de cette déclaration.]]

[*Option B*[59]

[*Variante 1*[60]

5 Un accord d'élection de for peut déroger à cet article s'il est conforme à l'article 4.

6 Un État contractant peut déclarer que :

a) il ne donnera d'effet à un accord d'élection de for que s'il est conclu après la naissance du litige ou dans la mesure où il permet au consommateur d'instituer des procédures devant un tribunal différent de celui indiqué dans cet article ou dans l'article 3 ; et

[46] Ceci est l'exception «*small shop*» (petite entreprise) visant à protéger l'entreprise ayant effectué des transactions avec un consommateur étranger, comme par exemple un touriste, qui se déroulent entièrement dans son État de résidence habituelle. On s'est interrogé s'il était nécessaire de prévoir une disposition uniquement utile aux petites transactions qui ne sont vraisemblablement pas sujettes aux procédures prévues par la Convention.

[47] Cette disposition imposerait aux entreprises le fardeau d'établir que les deux conditions prévues aux alinéas *a)* et *b)* étaient remplies. La crainte a été exprimée que la charge serait trop lourde pour nombre de petites entreprises. Si cette question n'était pas résolue d'une façon ou d'une autre, il demeurera incertain à qui revient le fardeau et il en résultera des interprétations divergentes. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

[48] Il n'y a pas eu de consensus à savoir si cette condition devait être ajoutée à celle prévue à l'alinéa *a)*.

[49] Cette proposition vise à protéger les entreprises, y compris celles qui utilisent les moyens du commerce électronique et qui prennent des précautions tendant à éviter de contracter des obligations dans un État particulier et qui évitent ainsi d'être sujettes à la compétence des tribunaux de cet État. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette disposition.

[50] Cette disposition est proposée à titre de règle générale et les options A à C y font exception.

[51] Cette option est une version révisée d'une des solutions présentées lors des discussions informelles tenues à Édimbourg en avril 2001 : voir l'annexe III-A du Doc. prél. No 15 de mai 2001, « Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens » (ci-dessus p. 362 du présent tome). Cette option prévoit qu'une clause d'élection de for stipulée dans un contrat conclu par un consommateur est effective si elle est valide en vertu du droit de la résidence habituelle du consommateur et si l'État contractant où la reconnaissance et l'exécution sont demandées fait la déclaration prévue à l'article 25 *bis* proposé. Afin de faciliter la lecture, cet article a été reproduit à la fin de l'option A. Plusieurs délégations se sont opposées à cette proposition en raison de sa complexité. En revanche, il n'y a pas eu d'accord pour l'éliminer de la liste des options.

[52] Cette disposition correspond à celle de l'article 7(3) *a)* de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Elle n'est pas controversée.

[53] Cette disposition reprend celle figurant à l'article 7(3) *b)* de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Elle n'est pas controversée, dans la mesure où elle permet à un consommateur d'introduire des procédures devant le for convenu en plus d'autres fors, y compris celui prévu à l'article 7(2). La question controversée consiste à savoir si les procédures introduites par le consommateur peuvent être confinées au for convenu.

[54] Cette disposition contient une clause de conflit de lois renvoyant au droit de la résidence habituelle du consommateur la question à savoir si la clause d'élection de for est conforme à la loi pour chacune des parties et si elle est valide au fond (y compris les questions d'ordre public et d'équité) : voir le Rapport Nygh / Pocar, aux Nos 70 et 71.

[55] Si cette disposition était acceptée, elle devrait être intégrée aux dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution.

[56] La référence à l'article 8(2) sera pertinente si cette solution est étendue aux contrats individuels de travail.

[57] En vertu de cette disposition, un État peut déclarer qu'il ne reconnaîtra et n'exécutera les jugements en vertu de la Convention que s'ils sont conformes à une clause d'élection de for. Un État ayant fait une telle déclaration ne sera pas obligé de reconnaître et d'exécuter un jugement rendu en conformité avec l'article 7(2) si cette compétence était incompatible avec la clause d'élection de for. D'autre part, un État n'ayant pas fait la déclaration sera obligé de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus en conformité avec l'article 7(2) dans les autres États contractants, y compris les jugements rendus dans un État qui aurait fait la déclaration. En revanche, un État n'ayant pas fait la déclaration ne sera pas obligé de reconnaître et d'exécuter un jugement rendu par le tribunal convenu, y compris celui d'un État ayant fait la déclaration. Une inquiétude s'est exprimée quant à cette absence de réciprocité et aux difficultés qui pourraient se présenter si cette déclaration spécifiait également des conditions.

[58] L'objet de cette disposition est d'éviter le refus de reconnaissance et d'exécution d'un jugement par un État faisant la déclaration en vertu de l'article 25 *bis*(1) lorsque cet État ne considère pas une telle élection de for comme étant opposable à ses propres consommateurs.

[59] Cette option présente deux variantes. La règle de base est celle prévue au paragraphe 4 ci-dessus limitant la partie commerciale au tribunal de la résidence habituelle du consommateur. Les deux variantes permettent de s'écarter de cette règle ; elles diffèrent en revanche quant au moyen. Selon la variante 1, il est possible de s'écarter de la règle, à moins d'une déclaration contraire. Selon la variante 2, il est impossible de s'écarter de la règle, à moins que l'État ne fasse une déclaration à l'effet contraire.

[60] La variante 1 permet aux parties de s'écarter de la règle de base par le biais d'un accord conforme aux exigences de l'article 4. En revanche, cette élection de for ne sera pas considérée comme excluant le tribunal prévu au paragraphe 2 de même qu'un jugement rendu par le tribunal convenu (à moins que le consommateur n'y ait introduit des procédures ou que le lieu du tribunal ne coïncide avec celui de la résidence habituelle du consommateur) ne sera pas reconnu et exécuté dans un État faisant une déclaration à cet effet. Ainsi, cet État « choisit d'appliquer » le système des compétences limitées au sujet des procédures introduites par les parties commerciales contre les consommateurs.

conducted in that State, or directed to that State[, unless[46] [that party establishes that][47] –

a) the consumer took the steps necessary for the conclusion of the contract in another State; [and

b) the goods or services were supplied to the consumer while the consumer was present in the other State].[48]]

[3 For the purposes of paragraph 2, activity shall not be regarded as being directed to a State if the other party demonstrates that it took reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers habitually resident in the State.][49]

4 Subject to paragraphs [5 to 7], the other party to the contract may bring proceedings against a consumer under this Convention only in the courts of the State in which the consumer is habitually resident.[50]

[*Alternative A*[51]

5 Article 4 applies to a jurisdiction agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen.[52]

6 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen, the consumer may bring proceedings against the other party in the courts of the State designated in that agreement.[53]

7 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen, Article 4 applies to the agreement to the extent that it is binding on both parties under the law of the State in which the consumer is habitually resident at the time the agreement is entered into.[54]

Add at the beginning of Article 25 the words:

"Subject to Article 25 *bis*".

Insert:

[*Article 25* bis[55]

1 A Contracting State may make a declaration that it will not recognise or enforce a judgment under this Chapter, or a declaration specifying the conditions under which it will recognise or enforce a judgment under this Chapter, where –

a) the judgment was rendered by the court of origin under Article 7(2) [or Article 8(2)];[56] and

b) the parties had entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4 designating a court other than the court of origin.[57]

[2 A declaration under this Article may not deny recognition and enforcement of a judgment given under Article 7(2) [or Article 8(2)] if the Contracting State making the declaration would exercise jurisdiction under the relevant Article in a corresponding case.][58]

3 Recognition or enforcement of a judgment may be refused by a Contracting State that has made a declaration contemplated by paragraph 1 in accordance with the terms of that declaration.]]

[*Alternative B*[59]

[*Variant 1*[60]

5 This provision may be departed from by a jurisdiction agreement provided that it conforms with the requirements of Article 4.

6 A Contracting State may declare that –

a) it will only respect a jurisdiction agreement if it is entered into after the dispute has arisen or to the extent that it allows the consumer to bring proceedings in a court other than a court indicated in this Article or in Article 3; and

[46] This is the so-called "small shop" exception that seeks to protect a business party who has dealt with a foreign consumer, such as a tourist, entirely in its State of habitual residence. The question was raised whether there was a need to make such a provision that could only be of relevance to small transactions that are unlikely to become the subject of proceedings under the Convention.

[47] This provision would place the burden of establishing that the two conditions in sub-paragraphs *a)* and *b)* were fulfilled on the business party. The fear was expressed that the burden would be too high for many small businesses. If this issue were not resolved one way or the other, the question of on whom the burden lies would remain uncertain and lead to divergent interpretations. There was no consensus on this point.

[48] There was no consensus on whether this condition should be added to that set out in sub-paragraph *a)*.

[49] This proposal seeks to protect business parties, including those using electronic commerce, who take measures to avoid entering into obligations in a particular State and thereby avoid becoming subject to the jurisdiction of the courts of that State. There was no consensus on this provision.

[50] This is proposed as the general rule to which Alternatives A to C are exceptions.

[51] This Alternative is a revised version of the solution that was presented to the informal discussions held in Edinburgh in April 2001: see Prel. Doc. No 15 of May 2001, "Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items" (*supra* p. 363 of this tome), Annex III-A. It provides that a choice of forum clause in a consumer contract will be effective if valid under the law of the habitual residence of the consumer and the Contracting State in which recognition and enforcement is sought has made the declaration provided for in the proposed Article 25 *bis*. For the sake of convenience that proposed Article is reproduced here as part of Alternative A. Several delegations objected to this proposal on the ground of its complexity, but there was no agreement that it should be omitted from the list of alternatives.

[52] This is the provision that appeared as Article 7(3) *a)* in the preliminary draft Convention of October 1999. It is not controversial.

[53] This repeats the provision that appeared as Article 7(3) *b)* in the preliminary draft Convention of October 1999. It is not controversial in so far as it allows the consumer to bring proceedings in the chosen forum in addition to other fora, including the forum under Article 7(2). The controversial issue is whether the proceedings brought by the consumer could be confined to the chosen forum.

[54] This provision contains a choice of law provision referring to the law of the consumer's habitual residence the issues of whether the choice of forum clause is lawful as regards each party and whether it is substantially valid (including issues of public policy and reasonableness): see the Nygh / Pocar Report, at Nos 70-71.

[55] If accepted, this Article should be placed among the articles dealing with recognition and enforcement.

[56] The reference to Article 8(2) will be relevant if this solution is extended to individual contracts of employment.

[57] Under this provision a State may declare that it will only recognise or enforce judgments under the Convention that are consistent with a choice of court clause. A State making the declaration would not be bound to recognise or enforce a judgment given in accordance with Article 7(2) if this jurisdiction was incompatible with the choice of court clause. On the other hand, a State not making the declaration would be bound to recognise or enforce a judgment rendered in accordance with Article 7(2) in other Contracting States, including a State that had made the declaration. But a non-declaring State would not be bound to recognise or enforce a judgment rendered by the chosen court, including one of a State that had made the declaration. A concern was expressed at this lack of reciprocity and fear of possible complexities that might be introduced if the declaration also specified conditions.

[58] This provision is intended to prevent a State that makes a declaration under Article 25 *bis*(1) from denying recognition or enforcement of a judgment when that State does not treat such choice of court provisions as binding on its own consumers.

[59] There are two Variants in this Alternative. The basic rule is that stated in paragraph 4 above which limits the business party to the forum of the consumer's habitual residence. Both Variants allow a departure from this rule, but differ in whether departure is allowed unless a declaration is made to the contrary (Variant 1) or whether a departure is not allowed unless a State makes a declaration to the opposite effect (Variant 2).

[60] Variant 1 allows the parties to depart from the basic rule by an agreement that complies with the requirements of Article 4, but this choice of forum will not be regarded as excluding the forum provided for in paragraph 2 nor will a judgment rendered by the chosen forum (unless the consumer commenced the proceedings there or it coincided with the habitual residence of the consumer) be recognised or enforced in a State that makes a declaration to that effect. That State thereby "opts in" into the system of restricted jurisdiction over proceedings brought by the business party against the consumer.

b) il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement fondé sur un accord d'élection de for qui ne satisfait pas les conditions de l'alinéa *a)*.]

[*Variante 2*[61]

5 L'article 4 s'applique à un accord conclu entre un consommateur et une autre partie si l'accord est conclu après la naissance de litige; ou dans la mesure où il permet au consommateur d'introduire des procédures devant les tribunaux d'un État autre que l'État de sa résidence habituelle.

6 Un État contractant peut déclarer dans les circonstances précisées dans la déclaration:

a) qu'il donnera effet à un accord d'élection de for conclu après la naissance du litige;

b) qu'il reconnaîtra et exécutera un jugement rendu à la suite de procédures instituées par l'autre partie suivant un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige;

c) qu'il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement rendu par un tribunal devant lequel les procédures ont été instituées à l'encontre d'un accord d'élection de for conclu avant la naissance du litige.]]

[*Option C*[62]

5 L'article 4 s'applique à un accord entre un consommateur et l'autre partie si l'accord a été conclu après la naissance du litige.

6 Si le consommateur et l'autre partie ont conclu un accord qui est conforme aux exigences de l'article 4(1) et (2) avant la naissance du litige:

a) le consommateur peut instituer des procédures contre l'autre partie en vertu de la Convention devant les tribunaux de l'État désigné dans cet accord;

b) le consommateur ne peut instituer de procédures en vertu de la Convention devant un autre tribunal contre l'autre partie, à moins que l'accord ne permette l'institution de procédures devant cet autre tribunal;

c) l'autre partie peut introduire une action contre le consommateur en vertu de la Convention seulement si l'accord permet l'introduction de procédures devant les tribunaux de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.]]

Article 8 Contrats individuels de travail

Cette question n'a pas été discutée par la Commission II. La Commission a accepté d'inclure à l'annexe II, aux fins de discussions futures, les Documents de travail produits relatifs à ce sujet ainsi que les projets préparés lors des discussions informelles d'Édimbourg d'avril 2001. Les propositions figurant en annexe II doivent être considérées à la lumière des options proposées au sujet de l'article 7 ci-dessus.

Article 9 Succursales [et activité commerciale habituelle][63]

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

[2 Aux fins de l'application du paragraphe premier, une entité juridique n'est pas [nécessairement] une «succursale, agence ou tout autre établissement» du [simple] [seul] fait qu'elle est une filiale du défendeur.][64]

Article 10 Délits[65]

1 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État:

a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission à l'origine du dommage, ou

b) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État[66].

[2 Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur a exercé une activité fréquente ou significative, ou vers lequel le défendeur a dirigé une activité fréquente ou significative, pourvu que l'action soit fondée sur cette activité et que la relation du défendeur avec cet État, prise dans son ensemble, rende raisonnable qu'il soit attrait devant les tribunaux de cet État.][67]

[61] En vertu de la variante 2, les clauses d'élection de for préalables au différend ne sont pas opposables aux consommateurs sauf dans les États ayant déclaré leur intention de respecter de telles conventions et de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus en conformité avec de telles conventions. Ces États ne reconnaîtront ni n'exécuteront les jugements rendus contrairement aux clauses d'élection de for. Quel que soit le système de déclaration adopté, des difficultés demeurent quant à la réciprocité.

[62] Cette option limite les chefs de compétence de la «liste blanche» pouvant être invoqués par chacune des parties dans les affaires pour lesquelles elles ont conclu une clause d'élection de for. Pour l'essentiel, il n'y aura de compétence en vertu de la «liste blanche» que dans la mesure où le consommateur introduit des procédures devant le tribunal convenu. Inversement, pour une action introduite par la partie commerciale, il y aura une compétence de type «liste blanche» devant le for convenu uniquement si le tribunal convenu coïncide avec celui de la résidence habituelle du consommateur. Si le consommateur introduit contrairement à une clause d'élection de for des procédures devant le tribunal prévu au paragraphe 2 ou tout autre tribunal de la «liste blanche», ce for ne pourra être considéré comme étant fondé sur la «liste blanche». Il faudra alors s'en remettre au droit national du for afin de déterminer si le consommateur pourra compter sur cette compétence, et au droit national de l'État requis afin de déterminer si un jugement rendu dans un État autre que celui du for convenu sera reconnu et exécuté, même si, en l'absence d'une clause d'élection de for, le tribunal de l'État d'origine avait exercé une compétence de la «liste blanche», comme une compétence en vertu du paragraphe 2.

[63] L'examen du texte entre crochets a été reporté en attendant la discussion générale du concept de la «compétence fondée sur une activité». Il semble qu'il y ait accord général sur le reste du paragraphe, sous réserve de clarifications additionnelles (voir note 64 ci-dessous).

[64] Il a été proposé de supprimer l'adverbe «nécessairement» et de remplacer «simple» par «seul», dans le texte français. Il ne semble pas y avoir de différend sur l'interprétation donnée par les co-Rapporteurs au No 128 du Rapport Nygh / Pocar selon laquelle une filiale, même détenue entièrement par une société mère, ne peut de ce simple fait être considérée comme une «succursale, agence ou tout autre établissement». En revanche, quelques délégations craignent que l'insertion de ces commentaires dans le texte de la disposition ne crée des difficultés d'interprétation. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[65] Dans la version anglaise de l'article, la suppression des termes «*or delicts*» dans le titre et le paragraphe 1er a été proposée. Une préoccupation s'est exprimée quant à la signification du terme, qui dans certains systèmes juridiques inclut les infractions civiles comme criminelles, risquant ainsi d'étendre le domaine de l'article 10 ou de provoquer d'autres conséquences inattendues dans ces systèmes. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[66] Ceci est le texte qui apparaissait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Aucune proposition particulière n'a été faite tendant à le modifier. Il a néanmoins été relevé qu'il faudrait continuer à examiner le paragraphe au vu des questions de commerce électronique et de propriété intellectuelle, des propositions quant à la compétence fondée sur l'activité et des questions constitutionnelles dans un État donné. Il y a également eu accord pour supprimer le texte du paragraphe 2 de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[67] Cette proposition vise l'inclusion d'un chef de compétence fondé sur l'activité similaire à celui proposé par rapport à l'article 6 (Contrats), option A, paragraphe 1er. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

b) it will not recognise and enforce a judgment where jurisdiction has been taken in accordance with a jurisdiction agreement that does not fulfil the requirements in subparagraph *a)*.]

[*Variant 2*[61]

5 Article 4 applies to an agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or to the extent that the agreement permits the consumer to bring proceedings in a court other than the consumer's habitual residence.

6 A Contracting State may declare that in the circumstances specified in that declaration –

a) it will respect a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen;

b) it will recognise and enforce a judgment in proceedings brought by the other party given by a court under a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen;

c) it will not recognise and enforce a judgment given by a court in which proceedings could not be brought consistently with a jurisdiction agreement entered into before the dispute has arisen.]]

[*Alternative C*[62]

5 Article 4 applies to a jurisdiction agreement between a consumer and the other party if the agreement is entered into after the dispute has arisen.

6 Where a consumer and the other party have entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4(1) and (2) before the dispute has arisen –

a) the consumer may bring proceedings against the other party under the Convention in the courts of the State designated in that agreement;

b) the consumer may not bring proceedings against the other party under this Convention in any other court, unless the agreement permits the proceedings to be brought in that court;

c) the other party may bring proceedings against the consumer under this Convention only if the agreement permits the proceedings to be brought in the courts of the State in which the consumer is habitually resident.]]

Article 8 Individual contracts of employment

This matter was not discussed by Commission II. The Commission agreed that the Working Documents put forward in relation to this subject as well as the draft prepared at the informal discussions in Edinburgh in April 2001 should be reproduced in Annex II to facilitate further discussion. The proposals in Annex II should be viewed in the light of the Alternatives proposed in relation to Article 7 above.

Article 9 Branches [and regular commercial activity][63]

1 A plaintiff may bring an action in the courts of a State in which a branch, agency or any other establishment of the defendant is situated[, or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means], provided that the dispute relates directly to the activity of that branch, agency or other establishment [or to that regular commercial activity].

[2 For the purposes of applying paragraph 1, a legal entity shall not be considered a "branch, agency or other establishment" by the mere fact that the legal entity is a subsidiary of the defendant.][64]

Article 10 Torts [or delicts][65]

1 A plaintiff may bring an action in tort [or delict] in the courts of the State –

a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.[66]

[2 A plaintiff may bring an action in tort in the courts of the State in which the defendant has engaged in frequent or significant activity, or has directed such activity into that State, provided that the claim arises out of that activity and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State.][67]

[61] Under Variant 2 pre-dispute choice of forum clauses are not binding on consumers except in States that have made a declaration that they will respect such agreements and that they will recognise and enforce judgments given in pursuance of such agreements. Such States will not recognise and enforce judgments given in breach of choice of forum clauses. Whatever system of declaration is adopted, problems of reciprocity remain.

[62] This Alternative limits the "white list" jurisdiction that may be invoked by each of the parties in cases where a choice of forum agreement has been concluded between the parties. In essence there will only be "white list" jurisdiction if the consumer brings proceedings in the chosen forum. Conversely, there will only be "white list" jurisdiction in the chosen forum in relation to an action brought by the business party if the chosen forum coincides with the habitual residence of the consumer. If the consumer brings proceedings in the forum provided for under paragraph 2 or in any other "white list" forum contrary to a choice of forum clause, that forum will be deprived of its "white list" status. It will then depend on the national law of the forum to determine whether the consumer will be permitted to rely on that jurisdiction and it will also depend on the national law of the State addressed to determine whether a judgment rendered in a State other than that of the chosen forum will be recognised or enforced, even if, in the absence of a choice of forum clause, the court in the State of origin would have exercised a "white list" jurisdiction, such as a jurisdiction under paragraph 2.

[63] The matter placed between brackets has not been discussed pending general discussion of the "activity based jurisdiction" elsewhere. There appears to be general agreement, subject to further clarification (see note 64 below), on the remainder of the paragraph.

[64] It was proposed to delete the term "*nécessairement*" in the French text. It was also proposed to replace the term "*simple*" by the term "*seul*" in the French text. There does not appear to be any objection with the interpretation given by the co-Reporters at No 128 of the Nygh / Pocar Report that a subsidiary, even one that is wholly owned by a parent, will not by that fact alone be regarded as falling within the definition of "a branch, agency or other establishment". However, some delegations expressed a fear that the formal incorporation of those comments into the body of the text might be misinterpreted. There was no consensus on this provision.

[65] The deletion of the words "or delicts" in the title and in paragraph 1 has been proposed. The concern was raised that the term includes both civil and criminal offences in some legal systems and may extend the reach of Article 10 or result in other unintended consequences in those systems. There was no consensus on this proposal.

[66] This is the text of the preliminary draft Convention of October 1999. No specific proposals were made to modify this text. However, it was noted that the paragraph would have to remain under consideration in light of e-commerce and intellectual property issues, its relation to activity jurisdiction proposals, and constitutional issues in one State. There was agreement that the material appearing as paragraph 2 in the preliminary draft Convention of October 1999 should be deleted.

[67] This proposal seeks to insert an activity based jurisdiction similar to that proposed in relation to Article 6 (Contracts), Alternative A, paragraph 1. There was no consensus on this proposal.

[3 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas à des situations dans lesquelles le défendeur a pris des mesures raisonnables afin d'éviter d'exercer dans cet État ou de diriger vers cet État une activité.][68]

[4 Le demandeur peut également introduire une action conformément aux dispositions du paragraphe premier lorsque l'acte ou l'omission, ou le dommage est susceptible de se produire.][69]

[5 Si une action est introduite devant les tribunaux d'un État en vertu seulement du lieu où le dommage a pris naissance ou est susceptible de se produire, ces tribunaux ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet État, sauf si la partie lésée a sa résidence habituelle dans cet État.][70]

Article 11 Trusts

1 Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont compétents les tribunaux d'un État contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust, et ces tribunaux sont seuls compétents, à moins que l'acte constitutif ne dispose autrement[71]. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. [La validité d'une telle désignation est régie par le droit[72] qui s'applique à la validité du trust.][73]

2 En l'absence d'une telle élection de for [valide][74], une action peut être intentée devant les tribunaux de l'État :

a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust ; ou

b) dont la loi est applicable au trust ; ou

c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action, en tenant compte, en particulier, de circonstances telles que le lieu d'administration du trust, la résidence habituelle ou l'établissement du trustee et le lieu où les objectifs du trust doivent être accomplis ; ou

d) dans lequel sont habituellement résidents le constituant (si vivant) et tous les bénéficiaires vivants, si toutes ces personnes sont habituellement résidentes dans le même État[75].

[3 Cet article ne s'applique qu'aux différends entre le trustee, le constituant et les bénéficiaires du trust.][76]

Article 12 Compétences exclusives

[1 Si l'action porte sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeubles, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé, sauf si, en matière de baux d'immeubles [conclus pour une période maximale de six mois][77], le locataire a sa résidence habituelle hors de cet État.][78]

[2 Si l'action porte sur la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou la validité ou la nullité des décisions de ses organes, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dont la loi régit la personne morale.][79]

3 Si l'action porte sur la validité des inscriptions sur les registres publics autres que ceux concernant les droits de propriété intellectuelle, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel ces registres sont tenus.

Propriété intellectuelle[80]

[*Option A*[81]

4 Si l'action porte sur la délivrance, l'enregistrement, la validité, l'abandon / la renonciation, la révocation / la résiliation ou la contrefaçon[82] d'un brevet ou d'une marque, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant de délivrance ou d'enregistrement[83].

5 Si l'action porte sur la validité, la renonciation / l'abandon ou la contrefaçon d'une marque [ou d'un dessin] non enregistré[e][s], sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel des droits découlent de la marque [ou du dessin].]

[68] Cette proposition vise à protéger les entreprises, y compris celles qui utilisent les moyens du commerce électronique et qui prennent des précautions tendant à éviter de contracter des obligations dans un État particulier, évitant ainsi d'être soumises à la compétence des tribunaux de cet État. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[69] La suppression de ce paragraphe, tel qu'il apparaissait à l'article 10(3) de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999, a été proposée, sans recueillir de consensus.

[70] La suppression de ce paragraphe, tel qu'il apparaissait à l'article 10(4) de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999, a été proposée, sans recueillir de consensus.

[71] L'ajout de la dernière partie de la phrase a été accepté par consensus. Il aligne cette disposition sur une disposition similaire à l'article 4(1).

[72] Il a été noté que l'expression « droit national » devrait être utilisée à la place du terme « droit » si la Convention utilise immanquablement l'expression « droit national » dans ces cas.

[73] Les termes entre crochets ont été proposés afin de s'assurer que la question de l'existence et de la validité de la clause d'élection de for soit déterminée par le droit applicable en vertu des règles de conflit de lois du tribunal saisi, et non par n'importe quelle loi désignée comme étant la loi applicable par le constituant. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette question.

[74] Voir la note 73 ci-dessus.

[75] Sous réserve de l'emploi du terme « valide » dans le chapeau, ce paragraphe a été accepté par consensus.

[76] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de ce paragraphe et l'avis a été exprimé selon lequel cette question devrait être laissée au droit national : voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 152 du Rapport Nygh / Pocar, selon lesquels les différends couverts par cet article sont des différends internes au trust.

[77] Il a été proposé de limiter l'exclusion des baux d'immeubles de la compétence exclusive de l'État de la situation du bien à un bail conclu pour une période maximale de six mois. Aucun consensus n'a été atteint au sujet de cette proposition.

[78] L'exclusion des droits réels immobiliers et des baux de biens meubles du champ d'application de la Convention a été proposée. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[79] Il a été proposé d'exclure du champ d'application de la Convention la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions s'y rapportant. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[80] Trois propositions ont été formulées pour le traitement de la propriété intellectuelle par la Convention. Les deux premières apparaissent entre crochets et font l'objet de crochets spécifiques (options A et B), ce qui indique l'absence de consensus quant à l'inclusion de la propriété intellectuelle dans l'objet de la Convention ou aux propositions elles-mêmes. L'option partielle C : [« Dans les procédures concernant la violation d'un droit d'auteur ou de quelque autre droit voisin, les tribunaux de l'État contractant, sous le droit duquel le droit d'auteur est réputé violé, jouit de la compétence exclusive »]. Cette proposition vise à inclure le droit d'auteur dans la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant en vertu de la loi duquel la contrefaçon d'un droit d'auteur est revendiquée. Ce texte est une proposition alternative au paragraphe 7 proposé qui vise l'exclusion des procédures relatives aux contrefaçons des droits d'auteur.

[81] La principale différence entre les options A et B consiste à savoir si les actions portant sur la contrefaçon des brevets, marques et autres droits susceptibles d'être couverts par cette disposition tombent dans la compétence exclusive ou non. De plus, pour un certain nombre des délégations en faveur d'une compétence exclusive, y compris pour les infractions tombant sous le coup de cette disposition, la présence d'une clause finale ou d'une clause de déconnexion satisfaisante relative aux instruments présents ou futurs portant sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution de domaines spécifiques comme la propriété intellectuelle est une condition préalable à l'inclusion de la contrefaçon dans cet article sur la compétence exclusive.

[82] Il a été noté qu'en décidant quelles procédures (par ex. une action en contrefaçon fondée soit sur une loi sur la concurrence déloyale, soit sur une loi sur les brevets ou les marques, ou une action portant sur certains délits de *common law* comme le «*passing off*») seraient couvertes par « contrefaçon », la solution devrait être en accord avec la possibilité d'exclure les entraves à la concurrence (*anti-trust*) du champ d'application de la Convention.

[83] Ce paragraphe couvre également la situation où une demande de délivrance ou d'enregistrement d'un brevet ou d'une marque a été déposée.

[3 The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid acting in or directing activity into that State.][68]

[4 A plaintiff may also bring an action in accordance with paragraph 1 when the act or omission, or the injury may occur.][69]

[5 If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose or may occur there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred or may occur in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.][70]

Article 11 Trusts

1 In proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, the courts of a Contracting State designated in the trust instrument for this purpose shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the instrument provides otherwise.[71] Where the trust instrument designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction. [The validity of such a designation shall be governed by the law[72] applicable to the validity of the trust.][73]

2 In the absence of such [valid][74] designation, proceedings may be brought before the courts of a State –

a) in which is situated the principal place of administration of the trust; or

b) whose law is applicable to the trust; or

c) with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings, taking into account in particular the principal place where the trust is administered, the place of residence or business of the trustee, the situation of the assets of the trust, and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled; or

d) in which the settlor (if living) and all living beneficiaries are habitually resident, if all such persons are habitually resident in the same State.[75]

[3 This Article shall only apply to disputes among the trustee, settlor and beneficiaries of the trust.][76]

Article 12 Exclusive jurisdiction

[1 In proceedings which have as their object rights *in rem* in immovable property or tenancies of immovable property, the courts of the Contracting State in which the property is situated have exclusive jurisdiction, unless in proceedings which have as their object tenancies of immovable property [concluded for a maximum period of six months],[77] the tenant is habitually resident in a different State.][78]

[2 In proceedings which have as their object the validity, nullity, or dissolution of a legal person, or the validity or nullity of the decisions of its organs, the courts of a Contracting State whose law governs the legal person have exclusive jurisdiction.][79]

3 In proceedings concerning the validity of entries in public registers other than those dealing with intellectual property rights, the courts of the Contracting State in which the register is kept shall have exclusive jurisdiction.

Intellectual property[80]

[*Alternative A*[81]

4 In proceedings in which the relief sought is a judgment on the grant, registration, validity, abandonment, revocation or infringement[82] of a patent or a mark, the courts of the Contracting State of grant or registration shall have exclusive jurisdiction.[83]

5 In proceedings in which the relief sought is a judgment on the validity, abandonment, or infringement of an unregistered mark [or design], the courts of the Contracting State in which rights in the mark [or design] arose shall have exclusive jurisdiction.]

[68] This proposal seeks to protect business parties, including those using electronic commerce, who take measures to avoid entering into obligations in a particular State and thereby avoid becoming subject to the jurisdiction of the courts of that State. There was no consensus on this proposal.
[69] The deletion of this paragraph that appeared as Article 10(3) of the preliminary draft Convention of October 1999 has been proposed. There was no consensus on its deletion.
[70] The deletion of this paragraph that appeared as Article 10(4) of the preliminary draft Convention of October 1999 has been proposed. There was no consensus on its deletion.
[71] There was agreement on the insertion of the last sub-sentence in order to bring the provision into conformity with the similar provision found in Article 4(1).
[72] It was noted that the phrase "national law" should replace the word "law" if the Convention consistently uses "national law" in such cases.
[73] The words within brackets were proposed to ensure that the question of the existence and validity of the choice of forum clause would be determined by the law applicable under the choice of law rules of the court seised and not necessarily by any law nominated as the applicable law by the settlor. There was no consensus on this provision.
[74] See note 73 above.
[75] Subject to the use of the word "valid" in the chapeau, this paragraph was approved by consensus.
[76] There was no consensus on this paragraph. It was proposed that this matter should be left to national law: see the comment of the co-Reporters at No 152 of the Nygh / Pocar Report that the disputes covered by this Article are disputes that are internal to the trust.
[77] It has been proposed to limit the exclusion of tenancies of immovable property from the exclusive jurisdiction of the State of situation to a lease for a single period not exceeding six months. There was no consensus on this proposal.
[78] It has been proposed to exclude rights *in rem* in immovable property and tenancies of movable property from the scope of the Convention. There was no consensus on this proposal.
[79] It has been proposed to exclude the validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto from the scope of the Convention. There was no consensus on this proposal.
[80] Three proposals have been made with respect to the treatment of intellectual property in the Convention. The first two appear within general brackets and each also contains brackets (Alternatives A and B). This indicates that there was no consensus on the inclusion of intellectual property within the scope of the Convention or in respect of each of the proposals themselves. Partial Alternative C: ["In proceedings concerning the infringement of a copyright or any neighbouring right, the courts of the Contracting State under whose laws the copyright or the neighbouring right is claimed to be infringed shall have exclusive jurisdiction"]. This proposal seeks to include copyright within the exclusive jurisdiction of the courts of the Contracting State under whose law a copyright is claimed to have been infringed. This is an alternative to the exclusion of proceedings for the infringement of copyright proposed in paragraph 7.
[81] The main difference between Alternatives A and B is whether proceedings for the infringement of patents and marks and such other rights as may be covered by this provision should fall within the exclusive jurisdiction or not. In addition, for a number of the delegations that favour an exclusive jurisdiction also for infringement under this provision, a satisfactory final or disconnection clause with respect to existing and future instruments regulating jurisdiction, recognition and enforcement for specific areas such as intellectual property is a precondition for including infringement in this Article on exclusive jurisdiction.
[82] It was pointed out that, when deciding which proceedings (*e.g.*, infringement proceedings based on provisions of an Unfair Competition Act or of a Patent or Trademark Act, or proceedings concerning certain common law torts such as passing off) were to be covered by "infringement", the solution should be consistent with the possible exclusion of "anti-trust or competition claims" from the scope of the Convention.
[83] This paragraph also covers situations where an application for the grant or registration of a patent or mark has been filed.

[*Option B*[84]

5A Pour les actions portant sur la violation d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou modèle, ou d'un autre droit analogue, sont compétents les tribunaux désignés au paragraphe précédent [ou aux dispositions des articles [3 à 16]][85].]

Options A et B

[6 Les paragraphes 4 et 5 ne s'appliquent pas si une des matières susmentionnées se pose à titre incident dans une procédure devant un tribunal n'ayant pas la compétence exclusive selon ces paragraphes. Néanmoins, une décision sur une telle question ne liera pas les parties dans des procédures subséquentes, même si elles ont lieu entre ces mêmes parties. Une question se pose à titre incident si le tribunal saisi n'est pas requis de rendre un jugement sur cette question, même si une telle décision est nécessaire pour parvenir au jugement.][86]

7 [Dans cet article, d'autres droits enregistrés de propriété industrielle [(sauf le droit d'auteur et les droits voisins, même si leur enregistrement ou dépôt est possible)][87] sont traités de la même façon que les brevets et les marques].

[8 Aux fins du présent article, «tribunal» comprend un Office des brevets ou toute autre autorité comparable.][88]

Article 13 Compétence pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires[89]

[*Option A*[90]

1 Un tribunal saisi[91] de l'action au fond, et compétent pour en connaître en vertu des articles [liste blanche], est compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires[92].

2 Un tribunal d'un État contractant [peut] [est compétent pour][93], même lorsqu'il n'est pas compétent pour connaître du fond d'un litige, ordonner une mesure provisoire et conservatoire limitée aux biens situés dans cet État ou dont l'exécution est limitée au territoire de cet État, si cette mesure est destinée à la protection temporaire des droits qui font l'objet de l'action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un État contractant dont les tribunaux sont compétents pour en connaître en vertu des articles [liste blanche][94].

3 Aucune disposition de la Convention n'empêche un tribunal d'un État contractant d'ordonner une mesure provisoire et conservatoire destinée à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un autre État[95].

4 Les termes «mesure provisoire et conservatoire» visés au paragraphe 3[96] comprennent:

a) une mesure destinée à préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché; ou

b) une mesure destinée à bloquer à un stade préliminaire des biens qui pourront ensuite servir à exécuter le jugement définitif; ou

c) une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.]

[*Option B*[97]

Un tribunal saisi ou sur le point d'être saisi d'un litige et qui est compétent pour en connaître au fond en vertu des articles [3 à 15] peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires destinées à préserver l'objet du litige.]

Article 14 Pluralité de défendeurs

La suppression de l'article a été approuvée par consensus.

Article 15 Demande reconventionnelle[98]

[Sous réserve de l'article 12,][99] le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée[, sauf si

[84] Cette option ne va pas à l'encontre de la proposition de l'option A selon laquelle il devrait y avoir une compétence exclusive pour les procédures portant sur l'enregistrement, la validité, la nullité ou la révocation des brevets, marques de commerce, dessins et autres droits similaires. Dans cette mesure, les paragraphes 4 et 5 seraient retenus si le paragraphe 5A était accepté. L'option B se limite au paragraphe 5A. Les paragraphes 6, 7 et 8 sont communs aux options A et B.

[85] Cette disposition devra être exclue des exceptions prévues à l'article 17.

[86] Ce paragraphe a pour objet de conserver une compétence non exclusive lorsqu'une question couverte par ailleurs par les paragraphes 4 et 5 est soulevée à titre de question incidente, lors d'une procédure dont l'objet ne concerne pas une ou plusieurs des questions décrites dans ce paragraphe. L'intention est que toute décision rendue entre les parties au sujet d'une telle question incidente ne conduise pas à la forclusion d'autres actions, soulevées par une des parties dans un autre État. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de ce paragraphe.

[87] Il n'y a pas eu de consensus au sujet des termes entre crochets. Il a été également suggéré d'exclure du champ d'application de la Convention tout le domaine du droit d'auteur ou seulement sa contrefaçon en ligne. Voir à cet égard l'option partielle C à la note 80 ci-dessus.

[88] Ce paragraphe pourrait être nécessaire pour s'assurer que les décisions de ces organes soient couvertes par le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution: voir la définition de «jugement» à l'article 23.

[89] Si l'option A de l'article 1(2) *k)* est adoptée, cet article sera supprimé. Il sera également supprimé si l'option B de l'article 1(2) *k)* est adoptée sans la référence aux articles 13 et 23A. Certaines délégations ont suggéré que les mesures provisoires et conservatoires fassent l'objet d'un chapitre distinct de la Convention. Ceci sera certainement nécessaire si aucune disposition n'est prévue pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires.

[90] Pour une autre proposition au sujet de l'article 13 voir l'article 1(2) *k)* qui propose que les mesures provisoires et conservatoires soient exclues du champ d'application de la Convention selon certains critères.

[91] Il a été suggéré qu'il est suffisant pour un tribunal d'être saisi après qu'une mesure provisoire et conservatoire soit ordonnée. Cette possibilité requiert l'ajout des mots «ou sur le point d'être saisi» ou d'autres termes similaires.

[92] La description «provisoire et conservatoire» est cumulative, c'est-à-dire que les mesures doivent remplir ces deux critères.

[93] Un libellé clair a également été proposé, selon lequel les États contractants sont obligés de prévoir cette compétence, tout en soulignant que cela ne porterait pas atteinte au pouvoir discrétionnaire des tribunaux de ces États d'ordonner ou refuser de telles mesures.

[94] Il a été noté que certains États, en particulier les États du Commonwealth autres que le Royaume-Uni, ne prévoient pas de compétence pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires à moins que le tribunal ne soit saisi d'une action au fond. Cela pourrait jouer au détriment des demandeurs étrangers qui tentent de «geler» des avoirs dans cette juridiction à l'appui d'une procédure pendante ailleurs. La disposition a pour but de prévoir pour ces États la compétence d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires fondées sur la situation des biens au for et limitées au territoire de ce for. Cette disposition n'a pas recueilli de consensus.

[95] Cette disposition a pour but d'écarter toute restriction imposée aux tribunaux des États contractants par la liste des compétences interdites (qui se trouve à présent à l'art. 18). La disposition permettrait également d'exercer la compétence pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires en vertu du droit national, sans les restrictions imposées par la liste des compétences interdites. Il est proposé de supprimer la référence à l'article 13 faite dans l'article 17 afin de permettre l'exercice de cette compétence en vertu du droit national. Certaines délégations sont d'avis que ce paragraphe est la seule disposition relative aux mesures provisoires et conservatoires devant figurer dans la Convention.

[96] Il a été proposé que cette définition s'applique également aux paragraphes 1er et 2.

[97] Cette proposition est liée à la deuxième option de l'article 1(2) *k)* qui contient en elle-même l'option soit d'exclure entièrement les mesures provisoires et conservatoires du champ d'application de la Convention, soit de prévoir une compétence limitée pour ordonner de telles mesures. L'option B prévoit une compétence limitée, si tel devait être désiré.

[98] Il y a eu un accord pour inclure une disposition relative à la compétence fondée sur une demande reconventionnelle; de plus, il y a eu un accord sur le fait qu'un jugement rendu en application d'une telle disposition devrait être reconnu et exécuté en vertu de l'article 25(1). En revanche, des doutes persistent quant à la question de savoir si cela est évident ou si cela doit être clarifié davantage; voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 302 du Rapport Nygh / Pocar. Les termes ne figurant pas entre crochets ont également été acceptés par consensus.

[99] Il a été convenu de mettre cette proposition entre crochets en attendant une décision quant au statut de l'article 12.

[*Alternative B*[84]

5A In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, trademarks, designs or other similar rights, the courts of the Contracting State referred to in the preceding paragraph [or in the provisions of Articles [3 to 16]] have jurisdiction.[85]]

Alternatives A and B

[6 Paragraphs 4 and 5 shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question in proceedings before a court not having exclusive jurisdiction under those paragraphs. However, the ruling in that matter shall have no binding effect in subsequent proceedings, even if they are between the same parties. A matter arises as an incidental question if the court is not requested to give a judgment on that matter, even if a ruling on it is necessary in arriving at a decision.][86]

7 [In this Article, other registered industrial property rights [(but not copyright or neighbouring rights, even when registration or deposit is possible)][87] shall be treated in the same way as patents and marks].

[8 For the purposes of this Article, "court" shall include a Patent Office or similar agency.][88]

Article 13 Provisional and protective measures[89]

[*Alternative A*[90]

1 A court seised[91] and having jurisdiction under Articles [white list] to determine the merits of the case has jurisdiction to order provisional and protective[92] measures.

2 A court of a Contracting State [may] [has jurisdiction to],[93] even where it does not have jurisdiction to determine the merits of a claim, order a provisional and protective measure in respect of property in that State or the enforcement of which is limited to the territory of that State, to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party in a Contracting State which has jurisdiction to determine that claim under Articles [white list].[94]

3 Nothing in this Convention shall prevent a court in a Contracting State from ordering a provisional and protective measure for the purpose of protecting on an interim basis a claim on the merits which is pending or to brought by the requesting party in another State.[95]

4 In paragraph 3[96] a reference to a provisional and protective measure means –

a) a measure to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or

b) a measure providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

c) a measure to restrain conduct by a defendant to prevent current or imminent future harm.]

[*Alternative B*[97]

A court which is or is about to be seised of a claim and which has jurisdiction under Articles [3 to 15] to determine the merits thereof may order provisional and protective measures, intended to preserve the subject matter of the claim.]

Article 14 Multiple defendants

It was agreed to delete this Article.

Article 15 Counter-claims[98]

[Subject to Article 12,][99] a court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based [unless the court would be unable to adjudicate

[84] This Alternative does not dispute the proposition in Alternative A that there should be exclusive jurisdiction in respect of proceedings that have as their object the registration, validity, nullity or revocation of patents, trademarks, designs or other similar rights. To that extent paragraphs 4 and 5 would remain if paragraph 5A were to be accepted. Alternative B refers only to proposed paragraph 5A. Paragraphs 6, 7 and 8 are common to both Alternatives.

[85] This provision will have to be excluded from the exceptions stated in Article 17.

[86] The purpose of this paragraph is to maintain non-exclusive jurisdiction where a matter otherwise falling within the scope of paragraphs 4 and 5 arises as an incidental question in proceedings which do not have as their object one or more of the matters described in that paragraph. The intention is that any decision made between the parties on such an incidental question will not have a preclusory effect in another State, in other cases when produced by one of the parties. There was no consensus on this paragraph.

[87] There was no consensus on the words included within the brackets. Other suggestions are to exclude copyright from the scope of the Convention either in whole or only copyright infringement online. See in this regard partial Alternative C, at note 80 *supra*.

[88] This paragraph might be necessary to ensure that decisions of these organs are covered by the Chapter on recognition and enforcement: see the definition of "judgment" in Article 23.

[89] This Article would be deleted if Alternative A of Article 1(2) *k)* were adopted. It would also be deleted if Alternative B of Article 1(2) *k)* were adopted without the reference to Articles 13 and 23A. Some delegations have also suggested that provisional and protective measures should be dealt with in a separate Chapter in the Convention. This would certainly be necessary if no provision were made for the recognition and enforcement of provisional and protective measures.

[90] For another proposal in relation to Article 13, see Article 1(2) *k)* which proposes that provisional and protective measures be excluded from the scope of the Convention with certain qualifications.

[91] It has been suggested that it would be sufficient if a court is seised after a provisional and protective measure is made. This would require the addition of the words "or about to be seised" or similar.

[92] The description "provisional and protective" is intended to be cumulative, that is to say, the measures must meet with both criteria.

[93] A form of words has also been suggested that would make it clear that Contracting States are obliged to provide this jurisdiction, although it was also stressed that this would not interfere with the discretion of the courts of such States either to make or to refuse to make such orders.

[94] It was noted that some States, especially those in the Commonwealth other than the United Kingdom, did not provide for jurisdiction to make provisional and protective orders unless the court was seised of jurisdiction to determine the merits of the case. This could operate to the detriment of foreign plaintiffs who sought to "freeze" assets within the jurisdiction in aid of litigation pending elsewhere. The provision is intended to provide such States with jurisdiction to make such orders based on the existence of property in the forum and limited to the territory of the forum. There was no consensus on this provision.

[95] This provision is intended to overcome any restrictions imposed on the exercise of jurisdiction by the courts of Contracting States by the list of prohibited jurisdictions (at present found in Art. 18). The provision would also allow the exercise of jurisdiction to make provisional and protective orders under national law without the restrictions imposed by the list of prohibited jurisdictions. It is proposed to remove the reference to Article 13 in Article 17 in order to allow the exercise of such jurisdiction under national law. Some delegations took the view that this paragraph was the only provision on provisional and protective measures that should be included in the Convention.

[96] It has been proposed that this definition also apply to paragraphs 1 and 2.

[97] This proposal is linked with the second alternative in Article 1(2) *k)* which in itself contains the options either to exclude provisional or protective measures entirely from the scope of the Convention or to permit a limited jurisdiction to make such orders. Alternative B provides for such a limited jurisdiction, if so desired.

[98] There was agreement that there should be provision for a jurisdiction based on a counter-claim and that this jurisdiction should be one that is entitled to recognition and enforcement under Article 25(1). There was some debate on whether this was already obvious or should be further clarified: see the remarks of the co-Reporters at No 302 of the Nygh / Pocar Report. The language not within brackets was also approved by consensus.

[99] It was agreed that the proposed additional qualification should remain within brackets pending resolution of the status of Article 12.

le tribunal saisi n'a pas la compétence à raison de la matière pour connaître de la demande reconventionnelle][100].

Article 16 Appel en garantie et intervention

La suppression de l'article a été approuvée par consensus.

Article 17 Compétence fondée sur le droit national[101]

[Sous réserve des articles 4, 7, 8, 11(1), 12 et 13[102],][103] la Convention ne porte pas atteinte à l'application des règles de compétence des États contractants prévues par leur droit national, à condition qu'elle ne soit pas interdite en vertu de l'article 18.

[*Article 18 Compétences interdites*[104]

[1 Lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un État contractant, l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un État contractant est interdite lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet État et le litige [ou le défendeur][105].][106]

2 [En particulier,][107] [Lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un État contractant,][108] une compétence ne peut être mise en œuvre par les tribunaux d'un État contractant si elle est fondée [uniquement sur un ou plusieurs][109] des critères suivants, notamment,

[*a)* la présence ou la saisie dans cet État de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens;][110]

b) la nationalité du demandeur;

c) la nationalité du défendeur;

d) le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet État;

[*e)* la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet État, [que ce soit par le biais d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement du défendeur,][111] sauf si le litige est directement lié à ces activités;][112]

f) l'assignation délivrée au défendeur dans cet État;

[*g)* la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur;][113]

h) [la procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement dans cet État, sauf si le litige est directement lié à ces procédures][114] [l'introduction dans cet État d'une procédure aux fins de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement d'un autre État par la partie contre laquelle la compétence est revendiquée][115];

[*i)* la résidence temporaire ou la présence du défendeur dans cet État;][116]

[*j)* le lieu de signature du contrat dont dérive le litige;][117]

[*k)* le lieu d'une filiale ou autre entité affiliée du défendeur dans cet État;][118]

[*l)* l'existence d'une action pénale connexe dans cet État][119].

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

[*a)* un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre[120]; ou][121]

b) un crime grave selon le droit international, si cet État exerce sa compétence pénale sur ce crime en vertu d'un traité international auquel il est Partie et que la demande tend à obtenir une indemnisation civile d'un décès ou d'une grave blessure corporelle résultant de ce crime[122].

L'alinéa *b)* ne s'applique que si la partie demandant réparation est exposée au risque d'un déni de justice[123] au motif qu'une procédure dans un autre État se révèle impossible ou qu'il ne peut être raisonnablement exigé qu'elle y soit introduite.][124]]

[100] Il a été proposé d'ajouter les termes entre crochets pour tenir compte de la situation où le tribunal n'est pas compétent à raison de la matière pour la demande reconventionnelle. Il y a eu accord général pour dire qu'une demande reconventionnelle peut conférer compétence uniquement sur la personne du défendeur, mais ne saurait établir une compétence à raison de la matière (y compris le dépassement de tout plafond pécuniaire) qui n'est pas prévue en droit national. Il y a eu un bref débat sur la question de savoir si cela était évident ou si cette difficulté – qui surgit également en rapport avec les clauses d'élection de for – devait être abordée dans une clause générale, et si les termes entre crochets reflétaient de manière appropriée l'objectif recherché. Une différente formulation a été proposée en anglais.

[101] L'article a été accepté par consensus sous réserve de la détermination des références entre crochets.

[102] Il a été suggéré de supprimer la référence à l'article 13. Cela permettrait l'octroi de mesures provisoires et / ou conservatoires en vertu du droit national.

[103] La question de l'existence ou de l'exclusivité des articles 7, 8, 12 et 13 reste à résoudre.

[104] Cette disposition n'a pas recueilli de consensus.

[105] Il a été proposé d'ajouter les termes «ou le défendeur» afin de tenir compte des systèmes juridiques où la compétence juridictionnelle se détermine principalement en fonction des liens du for avec le défendeur plutôt qu'avec le litige. Il n'y a pas de consensus sur ce point.

[106] La suppression complète du paragraphe 1er a été proposée en vue de souligner la structure générale de la Convention: celle-ci devrait avoir un nombre limité de chefs de compétence requis qui sont généralement acceptés; un nombre limité de chefs de compétence si largement considérés exorbitants qu'ils doivent figurer dans une liste de chefs de compétence interdits; tout autre chef de compétence qui ne figure ni dans l'une ni dans l'autre de ces catégories doit continuer à pouvoir être invoqué en vertu du droit national (la zone grise). Il n'y a pas eu de consensus sur la suppression du paragraphe 1er.

[107] Si le paragraphe 1er est supprimé, l'expression entre crochets doit aussi être supprimée.

[108] Si le paragraphe 1er est supprimé, l'expression entre crochets doit être placée dans ce qui est maintenant le paragraphe 2.

[109] Il a été suggéré de supprimer les mots entre crochets. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[110] Il a été proposé de supprimer l'alinéa *a)* au complet. Cette question n'a pas recueilli de consensus.

[111] L'ajout des termes entre crochets a pour objectif de préciser que la présence d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement dans le for ne peut servir de chef de compétence générale en vertu du droit national: voir l'avis des co-Rapporteurs, au No 133 du Rapport Nygh / Pocar, selon lequel «[u]n tel chef de compétence générale n'est pas compatible avec la Convention». Il n'y a pas eu de consensus sur cette proposition.

[112] Il a été proposé de supprimer l'alinéa *e)* au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.

[113] Il a été proposé de supprimer l'alinéa *g)* au complet. Il n'y a pas eu de consensus sur cette question.

[114] Ceci est le texte qui apparaissait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[115] Les termes entre crochets ont été proposés comme alternative au texte d'octobre 1999 aux fins de clarification seulement. Toutefois, il a été objecté que la suppression de l'expression «sauf si le litige est directement lié à ces procédures» aurait un effet quant au fond et priverait le débiteur du jugement de l'opportunité de soulever des objections portant directement sur l'exécution, telle que le paiement partiel de la dette.

[116] Il a été proposé de supprimer entièrement cet alinéa. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[117] Il a été proposé de supprimer entièrement cet alinéa. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[118] Il a été proposé d'ajouter cet alinéa à la liste des chefs de compétence interdits. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[119] Il a été proposé d'ajouter cet alinéa à la liste des chefs de compétence interdits. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point: voir les commentaires des co-Rapporteurs dans le Rapport Nygh / Pocar, No 27 et note 15.

[120] Il a été proposé d'inclure une référence aux définitions contenues dans le Statut de la Cour pénale internationale. Il a toutefois été souligné que ce Statut n'était pas encore entré en vigueur.

[121] Il y a eu accord pour mettre des crochets additionnels autour de l'alinéa *a)*, puisque les alinéas *a)* et *b)* soulèvent des questions distinctes.

[122] Dans la proposition initiale, le français «exerce» avait été traduit en anglais par «*established*». Des commentaires favorables sur la proposition ont été retirés lorsqu'il a été remarqué que l'intention n'était pas de dire «*established*» en anglais, mais de restreindre l'article aux situations où la compétence pénale s'exerce («*exercised*»).

[123] Il a été souligné que le concept de «déni de justice» n'est pas connu dans tous les systèmes juridiques.

[124] Le paragraphe 3 proposé n'a pas recueilli de consensus. Il est intégré au texte entre crochets pour faciliter les discussions futures.

Texte provisoire

such a counter-claim against a local plaintiff under national law].[100]

Article 16 Third party claims

It was agreed to delete this Article.

Article 17 Jurisdiction based on national law[101]

[Subject to Articles 4, 7, 8, 11(1), 12 and 13,[102]][103] the Convention does not prevent the application by Contracting States of rules of jurisdiction under national law, provided that this is not prohibited under Article 18.

[*Article 18 Prohibited grounds of jurisdiction*[104]

[1 Where the defendant is habitually resident in a Contracting State, the application of a rule of jurisdiction provided for under the national law of a Contracting State is prohibited if there is no substantial connection between that State and [either] the dispute [or the defendant].[105]][106]

2 [In particular,][107] [Where the defendant is habitually resident in a Contracting State,][108] jurisdiction shall not be exercised by the courts of a Contracting State on the basis [solely of one or more][109] of the following –

[*a)* the presence or the seizure in that State of property belonging to the defendant, except where the dispute is directly related to that property;][110]

b) the nationality of the plaintiff;

c) the nationality of the defendant;

d) the domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff in that State;

[*e)* the carrying on of commercial or other activities by the defendant in that State, [whether or not through a branch, agency or any other establishment of the defendant,][111] except where the dispute is directly related to those activities;][112]

f) the service of a writ upon the defendant in that State;

[*g)* the unilateral designation of the forum by the plaintiff;][113]

h) [proceedings in that State for declaration of enforceability or registration or for the enforcement of a judgment, except where the dispute is directly related to such proceedings][114] [initiation of proceedings in that State by the party against whom jurisdiction is claimed, for the purpose of recognising or enforcing a judgment from another State][115];

[*i)* the temporary residence or presence of the defendant in that State;][116]

[*j)* the signing in that State of the contract from which the dispute arises;][117]

[*k)* the location of a subsidiary or other related entity of the defendant in that State;][118]

[*l)* the existence of a related criminal action in that State].[119]

[3 Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action claiming damages in respect of conduct which constitutes –

[*a)* genocide, a crime against humanity or a war crime;[120] or][121]

b) a serious crime under international law, provided that this State has exercised its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a Party and that claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injuries arising from that crime.[122]

Sub-paragraph *b)* only applies if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice[123] because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.][124]]

[100] It was proposed to add the language within brackets to provide for the situation where the counter-claim is outside the subject matter jurisdiction of the court. There was general agreement that a counter-claim could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not subject matter jurisdiction (including excess of any monetary limits) which it did not possess under national law. There was some discussion as to whether this was already obvious or whether the issue, which also arises in relation to forum selection clauses, should be dealt with in a general provision, and whether the language proposed within the brackets was adequate for the intended purpose. In relation to the last issue, the following alternative has been proposed: "[...], unless the court seised does not have subject matter jurisdiction to adjudicate the counter-claim".

[101] Subject to the determination of the material in brackets, this Article was approved by consensus.

[102] It has been proposed that the reference to Article 13 be deleted. This will allow the making of provisional and / or protective orders under national law.

[103] The question of the existence or exclusivity of Articles 7, 8, 12 and 13 still remains to be resolved.

[104] There was no consensus on this provision.

[105] It has been proposed to add the words "either" and "or the defendant" in order to meet the difficulties in national legal systems where the main emphasis for jurisdictional competence lies on the link between the forum and the defendant, rather than the subject matter of the dispute. There was no consensus on this point.

[106] The deletion of the whole of paragraph 1 has been proposed in order to emphasise the basic concept of the Convention that there be a limited number of required bases of jurisdictions that are generally accepted, a limited number of jurisdictional bases so universally disapproved as exorbitant that they should be listed as prohibited jurisdictions, and that any other jurisdiction not listed in either category should remain open for the exercise of jurisdiction under national law (the "grey zone"). There was no consensus on the deletion of paragraph 1.

[107] If paragraph 1 were to be deleted, the words in brackets should also be deleted.

[108] If paragraph 1 were to be deleted, the words in brackets should be placed in what is now paragraph 2.

[109] It has been proposed to delete the words in brackets. There was no consensus on this point.

[110] It has been proposed to delete sub-paragraph *a)* entirely. There was no consensus on this point.

[111] The addition of the words in brackets is proposed to make it clear that the presence of a branch, agency or other establishment within the forum should not be a basis for the exercise of general jurisdiction under national law: see the view expressed by the co-Reporters at No 133 of the Nygh / Pocar Report that "such a general jurisdiction is inconsistent with the Convention". There was no consensus on this proposal.

[112] It has been proposed to delete sub-paragraph *e)* entirely. There was no consensus on this point.

[113] It has been proposed to delete sub-paragraph *g)* entirely. There was no consensus on this point.

[114] This was the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.

[115] The language within the brackets was proposed as an alternative to the October 1999 text by way of clarification only. However, it was objected that the omission of the words "except where the dispute is directly limited to such proceedings" had a substantive effect and would deprive the judgment debtor of the opportunity to raise objections directly related to the enforcement, such as partial payment of the debt.

[116] It has been proposed to delete this sub-paragraph entirely. There was no consensus on this point.

[117] It has been proposed to delete this sub-paragraph entirely. There was no consensus on this point.

[118] The addition of this item to the list of prohibited jurisdictions has been proposed. There was no consensus on this point.

[119] The addition of this item to the list of prohibited jurisdictions has been proposed. There was no consensus on this point: see the comments of the co-Reporters at No 27 and note 15 of the Nygh / Pocar Report.

[120] It was proposed to include a reference to the definitions contained in the Statute of the International Criminal Court. However, it was pointed out that this Statute had not as yet entered into force.

[121] There was agreement that the material in sub-paragraph *a)* be placed in separate brackets, because sub-paragraphs *a)* and *b)* raise different issues.

[122] The original proposal had translated the French "*exerce*" as "established". Some favourable comments on the proposal were withdrawn when it was pointed out that the intention was not to say "established" in English but to restrict the Article to situations where criminal jurisdiction is "exercised".

[123] It was pointed out that the concept of "denial of justice" was unknown under certain legal systems.

[124] There was no consensus on the proposed paragraph 3. It is included in the text in square brackets to facilitate future discussion.

Article 19 Autorité du tribunal saisi

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

a) si le droit national l'exige ; ou

b) à la demande du demandeur ; ou

[*c)* à la demande du défendeur, même après que le jugement a été rendu, selon la procédure du droit national ; ou]

d) [si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié au défendeur dans un autre État contractant].

ou

[s'il apparaît des documents produits par le demandeur que l'adresse du défendeur se trouve dans un autre État contractant][125].

[2 Lorsque la compétence du tribunal saisi dans un État contractant est fondée sur ou conforme à un chef de compétence prévu aux articles 3 à 16, une partie peut requérir du tribunal de le déclarer dans le jugement.][126]

Article 20[127]

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

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

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

Article 21 Litispendance

1 Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'États contractants différents et que ces procédures ont la même cause et le même objet, quelles que soient les prétentions des parties, le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure si le tribunal premier saisi est compétent [en vertu des articles [liste blanche]][128] [ou en vertu d'une règle de droit national conforme à ces articles][129] et s'il est à prévoir que ce tribunal rendra un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'État du tribunal saisi en second lieu, sauf si ce dernier est exclusivement compétent en vertu des articles 4[, 11][130] ou 12.

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

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

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

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

a) lorsque l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès du tribunal ; ou

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

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

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

a) les dispositions des paragraphes premier à 5 ne s'appliquent pas au tribunal second saisi ; et

b) le tribunal premier saisi suspend la procédure à la demande d'une partie s'il est à prévoir que le tribunal second saisi rendra une décision susceptible d'être reconnue en vertu de la Convention.

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

Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

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

2 Le tribunal prend en considération, notamment :

[125] Il y a eu un accord pour inclure dans le présent document le texte de l'article 19(1) tel qu'il figurait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999 (y compris le texte entre crochets).
[126] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.
[127] Il y a eu un accord pour inclure dans le présent document le texte de l'article 20 tel qu'il figurait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999 (y compris le texte entre crochets).
[128] Il a été convenu d'ajouter les termes entre crochets afin de clarifier que la règle relative à la litispendance s'applique uniquement lorsque le tribunal premier saisi exerce sa compétence en vertu de la Convention : voir le Rapport Nygh / Pocar aux Nos 252 et s.
[129] Cette proposition a pour objet de préciser que la règle de litispendance ne s'applique pas uniquement lorsque le tribunal premier saisi exerce sa compétence en vertu d'un chef de compétence de la « liste blanche » en tant que telle, mais aussi lorsque le tribunal exerce sa compétence en vertu du droit national dans le cas d'une situation conforme à un chef de compétence de la « liste blanche » telle qu'une action contre un défendeur habituellement résident de cet État : voir le Rapport Nygh / Pocar, *ibid.* Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.
[130] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de l'insertion d'une référence à l'article 11 (Trusts).

Article 19 Authority of the court seised

1 Where the defendant does not enter an appearance, the court shall verify whether Article 18 prohibits it from exercising jurisdiction if –

a) national law so requires; or

b) the plaintiff so requests; or

[*c)* the defendant so requests, even after judgment is entered in accordance with procedures established under national law; or]

d) [the document which instituted the proceedings or an equivalent document was served on the defendant in another Contracting State].

or

[it appears from the documents filed by the plaintiff that the defendant's address is in another Contracting State].[125]

[2 When the jurisdiction of the court seised in a Contracting State is based on or is consistent with a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 16, a party may request the court to declare so in the judgment.][126]

Article 20[127]

1 The court shall stay the proceedings so long as it is not established that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, or that all necessary steps have been taken to that effect.

[2 Paragraph 1 shall not affect the use of international instruments concerning the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, in accordance with the law of the forum.]

[3 Paragraph 1 shall not apply, in case of urgency, to any provisional or protective measures.]

Article 21 Lis pendens

1 When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction [under Articles [white list]][128] [or under a rule of national law which is consistent with these Articles][129] and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4[, 11][130] or 12.

2 The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.

3 Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.

4 The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of that court is based on the national law of that State in accordance with Article 17.

5 For the purpose of this Article, a court shall be deemed to be seised –

a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court; or

b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.

[As appropriate, universal time is applicable.]

6 If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised –

a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised; and

b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.

7 This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

1 In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.

2 The court shall take into account, in particular –

[125] It was agreed to place the text of Article 19(1) as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999 (including any bracketed material) in the present document.

[126] There was no consensus on this proposal.

[127] It was agreed to place the text of Article 20 as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999 (including any bracketed material) in the present document.

[128] It was agreed to add the words within brackets in order to make it clear that the *lis pendens* rule only applies when the court first seised exercises jurisdiction under the Convention: see the Nygh / Pocar Report, Nos 252 *et seq.*

[129] This proposal sought to make it clear that the *lis pendens* rule will not only apply where the court first seised is exercising "white list" jurisdiction as such, but also in the case where that court exercises a jurisdiction under national law in a situation that is consistent with "white list" jurisdiction, such as proceedings against a defendant who is habitually resident in that State: see the Nygh / Pocar Report, *ibid.* There was no consensus on this point.

[130] There was no consensus on the insertion of a reference to Article 11 (Trusts).

a) tout inconvénient qui en résulterait pour les parties, compte tenu de leur résidence habituelle ;

b) la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention ;

c) les délais de prescription applicables ;

d) la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond.

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

4 Lorsque le tribunal décide de surseoir à statuer en vertu du paragraphe premier, il peut exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Toutefois, le tribunal doit exiger une telle caution si l'autre tribunal est compétent seulement en vertu de l'article 17 ou s'il est situé dans un État non contractant[131], sauf si le défendeur établit [que le demandeur ne se trouvera pas matériellement lésé dans l'exécution du jugement si une telle caution n'est pas exigée][132] [qu'il existe suffisamment de biens dans l'État de cet autre tribunal ou dans un autre État où la décision serait susceptible d'être exécutée][133].

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

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

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

6 Cet article n'est pas applicable lorsque la compétence du tribunal est fondée uniquement sur l'article 17 [qui n'est pas conforme avec les articles [liste blanche]][134]. Dans un tel cas, le refus d'exercer la compétence est soumis au droit national[135].

[7 Le tribunal saisi dont la compétence est fondée sur une disposition des articles 3 à 15 ne peut appliquer la doctrine dite du *forum non conveniens* ou une règle similaire pour décliner sa compétence.][136]

[131] Il a été convenu d'insérer les termes « ou s'il est situé dans un État non contractant » afin de combler le vide laissé par la disposition, voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 279.

[132] Les termes entre crochets ont été proposés afin de remplacer le texte existant perçu d'une part comme établissant une condition trop difficile à remplir pour le défendeur et, d'autre part, ne donnant pas la sécurité nécessaire au demandeur : voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 284. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

[133] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[134] L'objet de cette proposition était d'assurer que le maintien des règles nationales de *forum non conveniens* ne s'appliquera pas dans les deux cas suivants : premièrement, lorsque le tribunal exerce une compétence de la « liste blanche » en tant que telle, et deuxièmement lorsque le tribunal exerce sa compétence en vertu du droit national dans le cas d'une situation conforme à un chef de compétence de la « liste blanche » telle qu'une action contre un défendeur habituellement résident de cet État. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

[135] Ce paragraphe précise que l'article 22 ne s'applique pas lorsque le tribunal exerce uniquement sa compétence en vertu du droit national. Dans ce cas, le tribunal peut appliquer ses propres règles de *forum non conveniens* ou des règles similaires (s'il y en a). Cela règle la question soulevée par les co-Rapporteurs au No 271 du Rapport Nygh / Pocar. Il a été convenu d'insérer ce paragraphe.

[136] Ce paragraphe a été proposé pour s'assurer que les règles nationales de *forum non conveniens* ou des règles similaires ne peuvent être utilisées par rapport à des compétences de la « liste blanche » comme moyen déclinatoire de juridiction. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

CHAPITRE *** – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 Définition du terme « jugement »

Aux fins de ce chapitre, le terme « jugement » signifie toute décision rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférant à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention[137].

[*Article 23A Reconnaissance et exécution de mesures provisoires et conservatoires*[138]

[*Option A*

1 Une décision qui ordonne une mesure provisoire et conservatoire[139] et qui a été prise par le tribunal saisi[140] de l'action au fond est reconnue et exécutée dans les États contractants conformément aux articles [25, 27 à 34].

2 Les termes « mesure provisoire et conservatoire » visés au paragraphe premier comprennent :

a) une mesure destinée à préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché, ou

b) une mesure destinée à bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à exécuter le jugement définitif, ou

c) une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.]

[*Option B*

Les décisions octroyant des mesures provisoires et conservatoires rendues en conformité avec l'article 13[141] sont reconnues et exécutées dans les autres États contractants selon les articles [25, 27 à 34].]]

Article 24 Jugements exclus du chapitre III

Ce chapitre ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17, et qui n'est pas conforme avec un chef de compétence prévu aux articles [liste blanche][142].

[137] Pour les délégations en faveur de l'exclusion complète des mesures provisoires et conservatoires de la Convention, aucune référence à ces mesures n'est nécessaire dans cet article. Il a été proposé d'inclure, dans la Convention, des dispositions permettant aux tribunaux de prendre à la fois des mesures provisoires et conservatoires, et des mesures tendant à leur reconnaissance et exécution. En ce qui concerne la compétence, il a été souligné que la définition du « jugement » à l'article 23 pouvait être entendue comme comprenant des mesures provisoires et conservatoires. En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution, les propositions apparaissent à l'article 23A ci-dessous.

[138] Les deux options, dont la substance diffère peu, prévoient la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires prononcées par un tribunal saisi (ou sur le point d'être saisi) du fond du litige. Les délégations favorisant l'exclusion de ces mesures du champ d'application de la Convention se sont naturellement opposées à cette proposition. En revanche, plusieurs délégations favorisant l'inclusion d'une disposition relative à ces mesures dans la partie de la Convention traitant de la compétence ou de la procédure se sont opposées à l'idée de prévoir une disposition permettant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires. Notons aussi qu'il y a peut-être lieu de traiter la mesure dans laquelle des remèdes similaires existent dans l'État du tribunal requis et des procédures protégeant les intérêts des parties tiers ou du défendeur (par ex. la promesse de payer des dommages).

[139] Les deux descriptions « provisoire » et « conservatoire » sont supposées être cumulatives.

[140] Il a été suggéré qu'il est suffisant qu'un tribunal soit saisi après qu'une mesure provisoire et conservatoire soit ordonnée, pourvu que ce tribunal ait été saisi au moment où la reconnaissance et l'exécution de la mesure sont demandées à l'étranger.

[141] Cette option renvoie à l'option B proposée à l'article 13 ci-dessus. La décision doit être rendue par un tribunal saisi ou sur le point d'être saisi d'une action et ayant compétence suivant la liste blanche pour décider du fond du litige.

[142] L'ajout de la seconde partie de la phrase a été accepté par consensus. Cet ajout précise que le chapitre III s'applique à tout jugement dont un des chefs de compétence sur lesquels il est fondé est conforme avec un chef de compétence requis de la Convention. Pour les fins de reconnaissance, l'article 24 doit être limité aux décisions qui peuvent uniquement être fondées sur un chef de compétence prévu par le droit national.

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;

b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;

c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

3 In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4 If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, or if it is in a non-Contracting State,[131] unless the defendant establishes that [the plaintiff's ability to enforce the judgment will not be materially prejudiced if such an order is not made][132] [sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced].[133]

5 When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court; or

b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction.

6 This Article shall not apply where the court has jurisdiction only under Article 17 [which is not consistent with Articles [white list]].[134] In such a case, national law shall govern the question of declining jurisdiction.[135]

[7 The court seised and having jurisdiction under Articles 3 to 15 shall not apply the doctrine of *forum non conveniens* or any similar rule for declining jurisdiction.][136]

[131] It was agreed to insert the words "or if it is in a non-Contracting State" in order to fill a gap in the provision, see the Nygh / Pocar Report, at No 279.
[132] The words in brackets were proposed in substitution of the existing text which was thought to set too high a standard for the defendant to be able to meet on the one hand and still not give the plaintiff the security needed on the other: see the Nygh / Pocar Report, at No 284. There was no consensus on this point.
[133] This is the text of the preliminary draft Convention of October 1999.
[134] This proposal sought to ensure that the preservation of national rules of *forum non conveniens* will not apply both where the court seised is exercising "white list" jurisdiction as such, and also in the case where that court exercises a jurisdiction under national law in a situation that is consistent with "white list" jurisdiction, such as proceedings against a defendant who is habitually resident in that State. There was no consensus on this point.
[135] This paragraph makes it clear that Article 22 does not apply where the court is only exercising jurisdiction under national law. In that case, the court can apply its own rules of *forum non conveniens* or similar (if any). This resolves the question raised by the co-Reporters at No 271 of the Nygh / Pocar Report. It was agreed to insert this paragraph.
[136] This paragraph was proposed to ensure that national rules of *forum non conveniens* or similar rules would not be used in relation to "white list" jurisdiction as a means of declining jurisdiction. There was no consensus on this point.

Article 23 Definition of "judgment"

For the purposes of this Chapter, "judgment" means any decision given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court, provided that it relates to a decision which may be recognised or enforced under the Convention.[137]

[*Article 23A Recognition and enforcement of provisional and protective measures*[138]

[*Alternative A*

1 A decision ordering a provisional and protective[139] measure, which has been taken by a court seised[140] with the claim on the merits, shall be recognised and enforced in Contracting States in accordance with Articles [25, 27 to 34].

2 In this article a reference to a provisional or protective measure means –

a) a measure to maintain the status quo pending determination of the issues at trial; or

b) a measure providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

c) a measure to restrain conduct by a defendant to prevent current or imminent future harm.]

[*Alternative B*

Orders for provisional and protective measures issued in accordance with Article 13[141] shall be recognised and enforced in the other Contracting States in accordance with Articles [25, 27 to 34].]]

Article 24 Judgments excluded from Chapter III

This Chapter shall not apply to judgments based solely on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17, and which is not consistent with any basis of jurisdiction provided for in Articles [white list].[142]

[137] For those delegations that support the complete exclusion of provisional and protective measures from the Convention, no reference to such measures will be necessary in this Article. It has been proposed to include in the Convention provisions both for jurisdiction to take provisional and protective measures and for their recognition and enforcement. As for jurisdiction, it was pointed out that the definition of "judgment" in Article 23 could be read to include provisional and protective measures. As for recognition and enforcement, proposals are made in Article 23A below.
[138] The two Alternatives which do not appear to differ much in substance, provide for the recognition and enforcement of provisional and protective orders made by a court that is seised (or about to be seised) of the substantive dispute. Such a provision is opposed naturally by those delegations that favour exclusion of such measures from the scope of the Convention. But several delegations that favoured the inclusion of a provision relating to such measures in the jurisdictional or procedural part of the Convention opposed making provision for the recognition and enforcement of provisional and protective orders. Note also that there may be a need to address the extent to which similar relief is known in the State of the court addressed, and procedures to safeguard the interests of third parties or of the defendant (*e.g.*, an undertaking to pay damages).
[139] The two descriptions "provisional" and "protective" are intended to be cumulative.
[140] It was suggested that it would be sufficient if a court is seised after a provisional and protective measure is made as long as it is already seised by the time recognition and enforcement of the provisional and protective measure is sought abroad.
[141] This refers back to the proposal made as Alternative B in Article 13, above. The order must have been made by a court which is seised or about to be seised of a claim and which has white list jurisdiction to determine the merits thereof.
[142] The addition of the second part of the sentence was accepted by consensus. The additional words make it clear that Chapter III will apply to any judgment based on one or more grounds of jurisdiction, so long as any one of those grounds is consistent with a required basis for jurisdiction under the Convention. For recognition purposes, the application of Article 24 is confined to judgments that can only be based on jurisdiction provided for by national law.

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés

1 Un jugement fondé sur une compétence prévue aux articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences est reconnu ou exécuté en vertu du présent chapitre.

2 [Pour être reconnu, le jugement visé au paragraphe premier doit posséder l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine.][143]

ou

[Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine.][144]

3 [Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé au paragraphe premier doit être exécutoire dans l'État d'origine.][145]

ou

[Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine.][146]

4 Toutefois, la reconnaissance ou l'exécution peut être différée [ou refusée][147] si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer ce recours n'est pas expiré.

Article 26 Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés[148]

Un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12, ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18, ne peut pas être reconnu ni exécuté[149].

Article 27 Vérification de la compétence[150]

1 Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.

2 Lors de l'appréciation de la compétence du tribunal d'origine, le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut.

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée au motif que le tribunal requis considère que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

[143] Ce texte correspond à celui du paragraphe 2 de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il a été suggéré d'éviter l'emploi de termes techniques comme «*res judicata*» et «autorité de la chose jugée», puisqu'ils n'ont pas nécessairement la même signification dans tous les systèmes juridiques.

[144] Ce texte a été proposé comme option au paragraphe 2 par le Groupe de travail informel relatif à l'article 25. Il y a eu accord pour inclure ce texte afin de faciliter les discussions futures.

[145] Ce texte correspond à celui du paragraphe 3 de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[146] Ce texte a été proposé comme option au paragraphe 3 par le Groupe de travail informel relatif à l'article 25. Il y a eu accord pour inclure ce texte afin de faciliter les discussions futures.

[147] L'ajout des termes entre crochets est proposé afin de s'assurer que les États contractants ne soient pas obligés de reconnaître ou d'exécuter les jugements dans les circonstances mentionnées dans ce paragraphe. Cette décision de différer ou de refuser la reconnaissance devrait être laissée au droit national. Cette proposition n'a pas encore fait l'objet d'une discussion.

[148] Cet article a fait l'objet d'un accord, sous réserve de l'identification des articles auxquels il s'applique.

[149] Ce paragraphe a fait l'objet d'un accord, sous réserve de l'identification des articles auxquels il s'applique.

[150] Cet article a fait l'objet d'un accord.

Article 27A Comparution sans contestation de la compétence

1 Si, devant le tribunal d'origine :

a) le demandeur a introduit une action fondée sur un ou plusieurs des articles [liste blanche] ; et

b) le demandeur n'a pas fait valoir que le tribunal était compétent en vertu d'un autre chef de compétence prévu par le droit national ; et

c) le tribunal n'a pas décidé qu'il était compétent en vertu d'un autre chef de compétence prévu par le droit national ; et

d) le défendeur procède au fond sans contester la compétence[151],

le défendeur ne peut contester devant le tribunal requis la compétence du tribunal d'origine.

2 Cet article ne s'applique pas si les tribunaux d'un État contractant autre que l'État du tribunal d'origine étaient seuls compétents sous l'article 12[152].

Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

1 La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée [seulement][153] si :

a) un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant un tribunal de l'État requis, premier saisi conformément à l'article 21[154] ;

b) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu, soit dans l'État requis soit dans un autre État, pour autant qu'il soit, dans ce dernier cas, susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis[155] ;

[*c)* [le jugement résulte d'une procédure] [la procédure dans l'État d'origine était][156] incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis[, y compris le droit de chaque partie d'être entendue par un tribunal impartial et indépendant] ;][157]

d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre[, ou n'a pas été notifié en conformité [avec une

[151] Il a été suggéré que les délais spécifiés pour le moment à l'article 5, ci-dessus, devraient être insérés dans l'alinéa *d)*. Il n'y a pas eu de consensus sur ce point.

[152] Hormis la question indiquée dans la note 151 ci-dessus, il y a eu consensus sur ce nouvel article proposé. Son objectif est de résoudre la difficulté mentionnée par les co-Rapporteurs en relation avec le texte de l'article 5 tel qu'il apparaît dans l'avant-projet de convention d'octobre 1999 (voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 89) : en vertu du texte de l'avant-projet, la comparution du défendeur sans contestation de la compétence exercée en vertu du droit national (la «zone grise») transformerait cette compétence en compétence requise. Il y a eu consensus pour dire que cela était un effet indésirable de cet article. Le nouveau texte proposé a pour effet de supprimer la comparution du défendeur de la liste des chefs de compétence requis (la «liste blanche»), mais si les conditions du paragraphe 1er sont remplies, une comparution sans contestation de la compétence aura pour effet que le défendeur ne pourra plus contester la compétence du tribunal d'origine devant le tribunal requis.

[153] Il a été proposé d'insérer l'adverbe «seulement» afin de préciser que la liste de motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution est exhaustive, voir le Rapport Nygh / Pocar, au No 325. Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette proposition.

[154] L'alinéa *a)* a été approuvé.

[155] L'alinéa *b)* a été approuvé.

[156] Il a été proposé de supprimer les termes «le jugement résulte de» et d'ajouter l'expression «dans l'État d'origine», afin de clarifier la disposition. L'issue de cette discussion dépendra de la suite donnée au point soulevé à la note 157 ci-dessous.

[157] La suppression de l'alinéa *c)* a été proposée, puisqu'il aurait pour effet d'inciter la partie perdante à mettre en doute l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'origine afin de différer l'exécution. Cela serait également contraire à la confiance mutuelle nécessaire entre les tribunaux des États contractants. Sous réserve d'une révision, la première partie de cet alinéa pourrait être acceptable. L'inclusion complète de l'alinéa dans sa présente forme n'a pas fait l'objet d'un consensus.

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

1 A judgment based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, or which is consistent with any such ground, shall be recognised or enforced under this Chapter.

2 [In order to be recognised, a judgment referred to in paragraph 1 must have the effect of *res judicata* in the State of origin.][143]

or

[A judgment referred to in paragraph 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin.][144]

3 [In order to be enforceable, a judgment referred to in paragraph 1 must be enforceable in the State of origin.][145]

or

[A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin.][146]

4 However, recognition or enforcement may be postponed [or refused][147] if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking a review has not expired.

Article 26 Judgments not to be recognised or enforced[148]

A judgment based on a ground of jurisdiction which conflicts with Article 4, 5, 7, 8 or 12, or whose application is prohibited by virtue of Article 18, shall not be recognised or enforced.[149]

Article 27 Verification of jurisdiction[150]

1 The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.

2 In verifying the jurisdiction of the court of origin, the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 Recognition or enforcement of a judgment may not be refused on the ground that the court addressed considers that the court of origin should have declined jurisdiction in accordance with Article 22.

[143] This is the text of paragraph 2 as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. It was suggested to avoid the use of technical terms such as "*res judicata*" or "*autorité de la chose jugée*" which may not have a uniform meaning in all legal systems.
[144] This text was proposed as an alternative to paragraph 2 by the Informal Working Group on Article 25. It has been agreed to insert it in the text to facilitate future discussion.
[145] This is the text of paragraph 3 as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.
[146] This text was proposed as an alternative to paragraph 3 by the Informal Working Group on Article 25. It has been agreed to insert it in the text for future discussion.
[147] The addition of the words in brackets is proposed in order to ensure that Contracting States are not obliged to recognise or enforce judgments under the circumstances described in this paragraph. The decision whether to postpone or refuse recognition should be left to national law. The proposal has not yet been discussed.
[148] Agreement was reached on this Article subject to further identification of the Articles to which it will apply.
[149] Agreement was reached on this paragraph subject to further identification of the Articles to which it will apply.
[150] This Article was agreed to.

Article 27A Appearance without protest

1 If, in the proceedings before the court of origin, –

a) the plaintiff claimed that the court had jurisdiction on one of the grounds specified in Articles [white list]; and

b) the plaintiff did not claim that the court had jurisdiction on any other ground under national law; and

c) the court did not determine that it had jurisdiction under any other ground under national law; and

d) the defendant proceeded on the merits without contesting jurisdiction,[151]

the defendant shall, in the court addressed, be precluded from contesting the jurisdiction of the court of origin.

2 This Article shall not apply if the courts of a Contracting State other than the State of the court of origin had exclusive jurisdiction under Article 12.[152]

Article 28 Grounds for refusal of recognition or enforcement

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused [only][153] if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court of the State addressed, if first seised in accordance with Article 21;[154]

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed;[155]

[*c)* the [judgment results from] proceedings [in the State of origin were][156] incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed[, including the right of each party to be heard by an impartial and independent court];][157]

d) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence[, or was not notified in accordance with [an applicable

[151] The view was expressed that the time limits presently specified in Article 5, above, should be incorporated in sub-paragraph *d)*. There was no consensus on this point.
[152] Apart from the matter noted in note 151 above, there was consensus on this proposed new Article. Its purpose is to overcome the difficulty referred to by the co-Reporters in relation to the text of Article 5 as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999 (see the Nygh / Pocar Report, at No 89) that under the text as it then stood appearance without protest to a jurisdiction exercised pursuant to national law (the "grey zone") would convert that jurisdiction into required jurisdiction. There was a consensus that this would be an undesirable effect of the previous provision. The effect of the new provision would be to remove appearance by the defendant from the list of required jurisdictions (the "white list"), but appearance of the defendant without protest will, if the conditions set out in paragraph 1 are fulfilled, preclude the defendant from contesting the jurisdiction of the court of origin upon verification of the jurisdiction of that court by the court addressed.
[153] The insertion of the word "only" has been proposed to make clear that the following list is an exclusive list of grounds for refusal or enforcement, see the Nygh / Pocar Report, at No 325. There was no consensus on the inclusion of this word in the text.
[154] This sub-paragraph was agreed to.
[155] This sub-paragraph was agreed to.
[156] The deletion of the words "judgment results from" and the insertion of the words "in the State of origin" has been proposed. This is intended to clarify the provision. Further discussion depends on the decision of the issue raised in note 157.
[157] The deletion of this sub-paragraph has been proposed because it would encourage attacks on the impartiality and independence of the court by the losing party in an attempt to delay enforcement. It would also be contrary to the need for mutual trust and confidence among the courts of Contracting States. It may be that, subject to revision, the first part of the sub-paragraph could be acceptable. There was no consensus on the continued inclusion of the sub-paragraph in its present form.

Convention internationale applicable] [avec les règles de droit nationales de l'État où la notification a eu lieu]][158], à moins que le défendeur ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, pourvu que le droit du tribunal permette de s'objecter à la notification et que le défendeur ne s'est pas objecté[159].

e) le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure[160];

f) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis[161].

2 Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre, le tribunal de l'État requis ne procède à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine[162].

Article 29 Pièces à produire[163]

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire:

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante;

c) tout document de nature à établir que le jugement possède l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État;

d) si le tribunal requis l'exige, une traduction des documents mentionnés ci-dessus, établie par toute personne [légalement][164] habilitée à cet effet.

[2 Une demande de reconnaissance et d'exécution doit être accompagnée de la formule modèle annexée à la présente Convention[165] et, si le tribunal requis l'exige, une traduction de la formule préparée par une personne [légalement][166] qualifiée pour ce faire.][167]

3 Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

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

Article 30 Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. [La loi de l'État requis doit au moins prévoir un recours par l'exequatur ou l'enregistrement aux fins de l'exécution.][168] Le tribunal requis agira [conformément à la procédure la plus rapide disponible dans le droit national][169] [rapidement].

Article 31 Frais de procwédure

1 Aucun dépôt ni caution, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé[, pour la procédure de l'article 30,][170] pour garantir le paiement des frais et dépens à raison seulement de la possession par le requérant de la nationalité d'un autre État contractant ou de sa résidence habituelle dans un autre État contractant.

[2 Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans l'un des États contractants contre toute personne dispensée de la caution, du dépôt ou du versement en vertu du paragraphe premier seront, à la demande du créancier, rendues gratuitement exécutoires dans tout autre État contractant.][171]

Article 32 Aide judiciaire[172]

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

Article 33 Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, doit être reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce

[158] La partie de l'alinéa *d)* qui ne figure pas entre crochets n'a soulevé aucune difficulté. Les termes entre crochets proposés ouvrent deux options. La première permettrait au tribunal requis de refuser la reconnaissance lorsque la notification viole une Convention internationale applicable, telle que la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*. La deuxième option permettrait au tribunal requis de refuser la reconnaissance lorsque la notification n'était pas conforme à la loi de l'État où elle a eu lieu. Dans la plupart des cas, mais pas dans tous, cela coïnciderait avec l'État requis. Il n'y a pas eu de consensus sur l'une ou l'autre de ces options.

[159] L'ajout des mots après la dernière virgule a été accepté, sous réserve d'une nouvelle rédaction.

[160] L'alinéa *e)* a été approuvé par consensus.

[161] L'alinéa *f)* a été approuvé par consensus.

[162] Ce paragraphe a été approuvé par consensus.

[163] Cet article a été approuvé par consensus tel qu'il apparaissait dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il est noté que des ajustements au texte seraient nécessaires si la proposition de modifier l'article 25 était acceptée.

[164] Il a été proposé d'ajouter le terme «légalement». Il n'y a pas eu de consensus.

[165] Une ébauche de cette formule modèle est jointe en annexe III aux fins de discussions ultérieures.

[166] Il a été proposé d'ajouter le terme «légalement». Il n'y a pas eu de consensus.

[167] Il a été conclu que la nature de la forme et les questions de savoir si la forme devait être obligatoire, disponible sur demande, ou discrétionnaire de la part du tribunal rendant la décision, exigeaient de plus amples discussions.

[168] Cette proposition a été avancée afin d'assurer la possibilité d'au moins un appel à l'encontre d'une décision permettant ou refusant l'exequatur ou l'enregistrement. On lui a objecté que la disponibilité d'un moyen de contestation ou de révision devrait être laissée au droit national. Cette question n'est pas résolue.

[169] Le texte entre crochets a été proposé pour remplacer le mot «rapidement» dans le texte actuel. Son objectif était de reprendre dans le texte de la Convention l'idée du commentaire des co-Rapporteurs, au No 355 du Rapport Nygh / Pocar, à l'effet que l'article 30 «oblige les États contractants à utiliser [...] la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national». Certains délégués ont exprimé leur inquiétude que la proposition constitue un trop grand empiétement sur le droit national et que certaines procédures rapides prévues, par exemple dans le contexte d'accords régionaux, ne sont pas nécessairement appropriées dans le contexte d'une convention mondiale. Par une clarification additionnelle, les co-Rapporteurs ont signalé qu'une telle disposition n'obligerait pas un État à utiliser une procédure disponible spécifiquement aux fins d'un traité ou d'un accord auquel l'État serait Partie contractante, mais qu'elle référait plutôt à son droit non-conventionnel (droit commun). Il n'y a pas eu de consensus sur cette disposition.

[170] Cet ajout a été proposé dans le but de clarifier la portée de l'article sans en modifier la substance. La nécessité de cette disposition a été mise en doute et des craintes ont été exprimées à propos de conséquences non désirées. Il a également été fait mention de l'article 16 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*. Le fond de ce paragraphe a fait l'objet d'un consensus.

[171] La proposition de ce paragraphe se fonde sur l'article 15 de la *Convention de La Haye de 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* et sur l'article 18 de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile*. L'objectif de ce paragraphe est d'assurer l'exécution d'une ordonnance provisoire par le tribunal requis pour le paiement des frais et des dépens encourus par le débiteur du jugement dans le cas où le tribunal requis aurait refusé l'exécution du jugement pour un motif tel que la fraude du créancier du jugement auprès du tribunal d'origine. Il n'y a pas eu de consensus à ce sujet.

[172] La suppression de cette disposition de la Convention a été proposée, au motif qu'elle soulève des questions constitutionnelles. D'autres délégations n'ont pas considéré cette disposition comme étant essentielle et ont par conséquent suggéré sa suppression. En revanche, pour d'autres délégations cette disposition est d'une grande importance. Il a été suggéré de résoudre la question par le biais d'un «*opt-in*». Il n'y a pas eu de consensus sur ces propositions.

international Convention] [the domestic rules of law of the State where such notification took place]],[158] unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting the matter of notification in the court of origin, provided that the law of that court permits objection to the matter of notification and the defendant did not object.[159]

e) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;[160]

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.[161]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.[162]

Article 29 Documents to be produced[163]

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State;

d) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person [legally][164] qualified to do so.

[2 An application for recognition or enforcement may be accompanied by the form annexed to this Convention[165] and, if the court addressed so requires, a translation of the form made by a person [legally][166] qualified to do so.][167]

3 No legalisation or similar formality may be required.

4 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of any other necessary documents.

Article 30 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as the Convention does not provide otherwise. [The law of the State addressed must provide for the possibility to appeal against the declaration of enforceability or registration for enforcement.][168] The court addressed shall act [in accordance with the most rapid procedure available under local law][169] [expeditiously].

Article 31 Costs of proceedings

1 No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses [for the procedure of Article 30][170] shall be required by reason only that the applicant is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

[2 An order for payment of costs and expenses of proceedings, made in one of the Contracting States against any person exempt from requirements as to security, bond, or deposit by virtue of paragraph 1 shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable without charge in any other Contracting State.][171]

Article 32 Legal aid[172]

[Natural persons habitually resident in a Contracting State shall be entitled, in proceedings for recognition and enforcement, to legal aid under the same conditions as apply to persons habitually resident in the requested State.]

Article 33 Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the State addressed could have awarded similar or comparable damages.

[158] No difficulties were raised about the portion of the sub-paragraph not in brackets. The material within the brackets was put forward as containing two options. The option contained within the first set of brackets would permit the requested court to deny recognition in cases where the applicable international convention was violated, such as the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. The second option would permit the requested court to deny recognition where service was not effected in accordance with the requirements of the law of the State where notification took place. In most cases, but not all, this would coincide with the State addressed. There was no consensus on the acceptance of either option.

[159] The addition of the words after the last comma was agreed to, subject to drafting.

[160] Agreement was reached on this sub-paragraph.

[161] Agreement was reached on this sub-paragraph.

[162] Agreement was reached on this paragraph.

[163] This Article was approved by consensus as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. It was noted that drafting changes would have to be made if the proposed amendments to Article 25 were accepted.

[164] It was proposed to add the word "legally". There was no consensus.

[165] A draft of such a form is attached in Annex III as a basis for further discussion.

[166] It was proposed to add the word "legally". There was no consensus.

[167] It was agreed that the nature of the form and whether it should be mandatory, available upon request, or discretionary on the part of the rendering court, required further discussion.

[168] This proposal was put forward in order to ensure that there be at least one possibility of an appeal against a decision either to grant or to refuse *exequatur* or registration. This proposal was opposed on the ground that the provision of a method of challenging or reviewing such a decision should be left to national law. The matter remains unresolved.

[169] The language within brackets was proposed to replace the word "expeditiously" in the existing text. Its intention was to give expression in the text of the Convention to the comment of the co-Reporters at No 355 of the Nygh / Pocar Report that Article 30 "obliges Contracting States to use [...] the most rapid procedure they possess in their national law". Concerns were expressed that the proposal would constitute too great an intrusion into national law and that certain rapid procedures that are provided for, for example, in the context of regional arrangements, are not necessarily appropriate in a worldwide convention. In a further clarification the co-Reporters pointed out that such a provision would not oblige a State to use a procedure made available specifically for the purposes of a treaty or arrangement to which that State was a Party, but referred to its non-treaty law (*droit commun*). There was no consensus on this provision.

[170] This addition was proposed with the intention of clarifying the scope of the Article without changing the substance. The necessity for this provision was questioned and fears were expressed about unintended consequences. Reference was also made to Article 16 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*. Consensus was reached on the substance of this paragraph.

[171] The proposal for this paragraph is based on Article 15 of the *Hague Convention of 1980 on International Access to Justice* and Article 18 of the *Hague Convention of 1954 on Civil Procedure*. Its purpose is to secure enforcement of an order made by the requested court for the payment of the costs and expenses borne by the judgment debtor in a case where the requested court has rejected enforcement of the judgment on a ground such as the fraud of the judgment creditor upon the court of origin. There was no consensus on this point.

[172] It was proposed that this provision be deleted from the Convention because it raised constitutional concerns. Some delegations did not consider the provision essential and it could therefore be deleted. But for yet other delegations it was of great importance. It was suggested that the issue could be resolved through an "opt-in" provision. There was no consensus on these proposals.

paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine[173].

2 *a)* Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs[174] ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter[175] le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine[176].

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

Article 34 Divisibilité

[*Option A*

Si le jugement statue sur plusieurs chefs de demande dissociables, la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, peut être accordé pour l'un ou plusieurs d'entre eux.][177]

[*Option B*

Reconnaissance ou exécution partielle

La reconnaissance ou l'exécution partielle d'un jugement doit être accordée si :

a) la reconnaissance ou l'exécution partielle a été demandée ; ou

b) une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée selon la Convention ; ou

c) le jugement a été exécuté en partie.][178]

Article 35 Actes authentiques

[*Option A*

1 Chaque État contractant peut déclarer qu'il exécutera, sous réserve de réciprocité, les actes authentiques reçus et exécutoires dans un autre État contractant.][179]

[*Option B*

1 Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête[180], déclarés exécutoires dans un autre État contractant.][181]

2 L'acte authentique doit avoir été établi par une autorité publique ou un délégataire de l'autorité publique et l'authentification doit porter non seulement sur la signature mais aussi sur le contenu de l'acte[182].

[3 Les dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution figurant dans ce chapitre sont applicables, en tant que de besoin.][183]

[*Article X*[184]

Tout État contractant peut faire connaître au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la présente Convention, ou à tout moment ultérieure, au moyen d'une déclaration, qu'il n'appliquera pas l'article 35, ou qu'il l'appliquera sous condition de réciprocité[185].][186]

Article 36 Transactions[187]

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

CHAPITRE **** – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 Rapport avec d'autres Conventions

Il a été convenu de reproduire à l'annexe I de ce Résumé les propositions apparaissant à l'annexe de l'avant-projet de Convention ainsi que les Documents de travail produits pour les fins de la présente Session.

Articles 38 à 40 Interprétation uniforme

Cette question n'a pas encore été discutée.

[173] Le texte du paragraphe 1er a été accepté par consensus. Il remplace celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Le Groupe de travail à l'origine de ce texte a également recommandé d'envisager l'inversion de l'ordre des paragraphes 1er et 2.

[174] Les co-Rapporteurs ont expliqué que leur commentaire au No 368 du Rapport Nygh / Pocar, selon lequel les termes « manifestement excessifs » doivent, de façon générale, « s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'État d'origine », ne signifie pas que le caractère manifestement excessif des dommages et intérêts doit être jugé uniquement d'après les critères du tribunal d'origine. Cela dépendra des circonstances de chaque affaire, plus particulièrement si le créancier bénéficiaire du jugement réside dans l'État d'origine ou dans l'État requis. Dans ce dernier cas, les critères de l'État requis joueront évidemment un plus grand rôle.

[175] La proposition d'ajouter une référence à l'exécution dans cet article vise à clarifier que l'article s'applique tant à la reconnaissance qu'à l'exécution, voir les commentaires des co-Rapporteurs au No 364 du Rapport Nygh / Pocar. Cette proposition a été approuvée par consensus.

[176] Il a été demandé si les dommages et intérêts statutaires (c.-à-d. lorsque la loi détermine le montant à accorder en cas de violation), les dommages et intérêts préalablement fixés (lorsqu'un contrat détermine le montant à payer en cas d'un manquement) et les intérêts légaux sur les dommages et intérêts accordés étaient couverts par l'article 33 et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature compensatoire ou non. Les co-Rapporteurs ont indiqué que l'article 33 pourrait s'appliquer à ces cas et que la classification de ces dommages comme étant compensatoires ou punitifs serait déterminée par le droit national du tribunal requis. Ce tribunal prendrait en considération la question de savoir si la disposition législative en cause du for d'origine, ou la disposition contractuelle telle qu'interprétée par le droit dont elle ressort, vise simplement à prévoir la compensation requise pour la victime ou à imposer une pénalité.

[177] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Il a été noté par les co-Rapporteurs au No 373 du Rapport Nygh / Pocar que ce texte ne permet pas expressément l'exécution partielle. Une disposition de la sorte permettrait au tribunal requis de retrancher une fraction de la somme allouée par le jugement qui aurait déjà été payée ou autrement exécutée.

[178] Ce texte a été proposé comme option et incorporé dans le document pour faciliter les discussions futures.

[179] Ce texte correspond à celui de l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. Selon ce texte, les États voulant bénéficier de l'article 35 doivent expressément l'adopter sur une base de réciprocité avec les autres États faisant une déclaration similaire.

[180] Un examen supplémentaire sera requis afin de clarifier ce qu'on entend par l'expression « sur requête » ou si la méthode et la forme pour soumettre la requête (par écrit, à un tribunal ou une autre instance) doivent être déterminées par le droit national.

[181] Selon ce texte alternatif, à défaut d'une déclaration telle que celle proposée dans l'article X ci-dessous, l'article 35 s'appliquera à tous les États contractants. Aucune des versions présentées n'a fait l'objet d'un consensus.

[182] Il s'agit là du texte tel qu'il figure dans l'avant-projet de Convention d'octobre 1999.

[183] Il a été décidé de maintenir ce paragraphe entre crochets.

[184] Cette disposition fait partie de l'option B du paragraphe 1er ci-dessus. Si cette disposition est acceptée, elle sera vraisemblablement incluse dans les Dispositions finales de la Convention. Si elle est acceptée, elle donnera aux États contractants les options suivantes :
– dans aucun cas n'appliquer l'article 35 ;
– appliquer l'article 35 sous condition de réciprocité ; ou
– appliquer l'article 35 sans exiger la réciprocité, c'est-à-dire, lorsqu'un État contractant est prêt à donner effet aux actes authentiques bien qu'il ne connaisse pas cette institution dans son droit national.

[185] Il reste à décider si la réciprocité doit être requise dans cette proposition.

[186] Il n'y a pas eu de consensus au sujet de cette disposition.

[187] Cet article a été approuvé par consensus.

Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.[173]

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages[174] have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce[175] the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the State addressed in the same circumstances, including those existing in the State of origin.[176]

3 In applying paragraph 1 or 2, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 34 Severability

[*Alternative A*

If the judgment contains elements which are severable, one or more of them may be separately recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.][177]

[*Alternative B*

Partial recognition or enforcement

Partial recognition or enforcement of a judgment shall be granted where –

a) partial recognition or enforcement is applied for; or

b) only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention; or

c) the judgment has been satisfied in part.][178]

[173] The text of paragraph 1 was approved by consensus and replaces the text of the preliminary draft Convention of October 1999. The Working Group that produced this text also recommended consideration of reversing the order of paragraphs 1 and 2.
[174] The co-Reporters explained that the statement at No 368 of the Nygh / Pocar Report to the effect that as a general principle "grossly excessive" was likely to mean "grossly excessive according to the standards [of the] courts of the State of origin" did not mean that the question of whether the damages were grossly excessive should be judged only by the standards of the court of origin. This would depend on the circumstances of each case, especially on whether the judgment creditor was a resident of the State of origin or of the requested State. In the latter case, obviously the standards of the requested State would assume greater importance.
[175] The addition of the reference to enforcement here and in other parts of the Article was proposed in order to make clear that the Article applies to both recognition and enforcement, see the comments of the co-Reporters at No 364 of the Nygh / Pocar Report. The proposal was accepted by consensus.
[176] It was inquired whether statutory damages (where a statute has determined the amount to be awarded in case of breach), liquidated damages (where a contract has determined the amount to be paid in case of breach) and fixed interest on damages awards would fall within the scope of Article 33 and, if so, whether their character would be compensatory or non-compensatory. The co-Reporters indicated that Article 33 would be applicable in such cases and that the classification of such damages as compensatory or punitive would be determined by the requested court. That court would take into account whether the statutory provision in question of the originating forum, or the contractual provision as interpreted according to its governing law, merely sought to estimate what was required to compensate the plaintiff or sought to impose a penalty.
[177] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. It was noted by the co-Reporters at No 373 of the Nygh / Pocar Report that this text made no express provision for partial enforcement. Such a provision would allow the court addressed to sever the portion of the judgment which had already been paid or otherwise satisfied.
[178] This is an alternative text which has been included in this document to facilitate future discussion.

Article 35 Authentic instruments

[*Alternative A*

1 Each Contracting State may declare that it will enforce, subject to reciprocity, authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in another Contracting State.][179]

[*Alternative B*

1 Authentic instruments formally drawn up or registered and enforceable in a Contracting State shall, upon request,[180] be declared enforceable in another Contracting State.][181]

2 The authentic instrument must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority and the authentication must relate to both the signature and the content of the document.[182]

[3 The provisions concerning recognition and enforcement provided for in this Chapter shall apply as appropriate.][183]

[*Article X*[184]

Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to, this Convention, or at any time thereafter, make a declaration that it will not apply Article 35, or that it will apply that Article subject to reciprocity.[185]][186]

Article 36 Settlements[187]

Settlements to which a court has given its authority shall be recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced in the State addressed under the same conditions as judgments falling within the Convention, so far as those conditions apply to settlements.

CHAPTER **** – GENERAL PROVISIONS

Article 37 Relationship with other Conventions

It was agreed that the proposals made in the Annex to the preliminary draft Convention as well as the Working Documents produced for the purposes of the present Session be reproduced in Annex I of this Summary.

Articles 38 to 40 inclusive Uniform interpretation

This matter has not yet been discussed.

[179] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999. According to that text, States wishing to take advantage of Article 35 should specifically elect to adopt it on the basis of reciprocity with other States making a similar declaration.
[180] Further discussion will be necessary to clarify what is meant by the words "upon request" or whether the method and form of making the request (in writing, to a court or other instance) should be left to national law.
[181] According to this alternative text, Article 35 will apply to all Contracting States in the absence of a declaration as envisaged in the proposed Article X below. There was no consensus on the version of paragraph 1 to be preferred.
[182] This is the text as it appeared in the preliminary draft Convention of October 1999.
[183] It was decided that this paragraph should remain within square brackets.
[184] This provision is part of Alternative B to paragraph 1, above. If accepted, it will probably be placed among the Final Provisions of the Convention. If accepted, it will give Contracting States the following options:
– not to apply Article 35 under any circumstances;
– to apply Article 35 on condition of reciprocity; or
– to apply Article 35 without requiring reciprocity, that is, where a Contracting State is prepared to give effect to authentic instruments, although it does not provide for that institution under its domestic law.
[185] It remains to be decided whether reciprocity should be required in this proposal.
[186] There was no consensus as regards this provision.
[187] This Article was approved by consensus.

Article 41 Clause fédérale

Cette question n'a pas encore été discutée.

[*Article 42 Ratification et adhésion*[188]

[*Option A*

1 Cette Convention s'applique entre deux États contractants au moment de son entrée en vigueur pour autant que les deux États aient chacun déposé une déclaration qui confirme l'entrée en vigueur entre ces deux États de leurs obligations conventionnelles.

2 Lors du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, chaque État dépose auprès du dépositaire un exemplaire de ses déclarations concernant tous les États contractants avec lesquels il sera lié en vertu de la Convention. Un État contractant peut retirer ou modifier une déclaration en tout temps.

3 Le dépositaire porte toutes les déclarations qu'il reçoit à la connaissance de tous les États contractants et aux États membres de la Conférence de La Haye.

4 La Conférence de La Haye de droit international privé publie régulièrement des informations relatives aux déclarations déposées conformément au présent article.]

[*Option B*

1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-neuvième session[189].

2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

3 Tout autre État pourra adhérer à la Convention.

4 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

5 La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument d'adhésion.

6 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérant et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration devra également être faite par tout État membre ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.

7 La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérant et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de la déclaration d'acceptation.][190]]

[188] Il a été décidé d'inclure les deux propositions suivantes dans ce document afin de faciliter les discussions futures sur le sujet. La question de savoir s'il doit y avoir une disposition traitant de la bilatéralisation et, si oui, quelle doit être la forme d'une telle disposition et jusqu'où cette bilatéralisation doit s'étendre, n'a pas été tranchée.

[189] Il a été demandé que l'on considère des moyens permettant à la Communauté européenne de devenir Partie à la Convention.

[190] Cette proposition s'inspire des articles 37 et 38 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.*

ANNEXE I[191]

Article 37 Rapport avec d'autres Conventions

Proposition 1

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par un tel instrument.

2 Toutefois, la Convention l'emporte sur de tels instruments dans la mesure où ceux-ci préconisent des fors non autorisés aux termes de l'article 18 de la Convention.

3 Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale, ainsi qu'aux instruments adoptés au sein d'une communauté d'États.

Proposition 2

1 *a)* Dans cet article, la Convention de Bruxelles [révisée], le Règlement [...] de l'Union européenne, et la Convention de Lugano [révisée] seront désignés globalement comme « les instruments européens ».

b) Un État partie à l'une ou l'autre de ces Conventions ou un État membre de l'Union européenne auquel le Règlement susmentionné s'applique seront globalement désignés comme « les États soumis aux instruments européens ».

2 Sous réserve des alinéas suivants [de cet article], un État soumis aux instruments européens doit appliquer ces instruments et non la Convention, dès lors que ces instruments sont applicables conformément à leurs dispositions.

3 Sauf lorsque sont applicables les dispositions des instruments européens sur :

a) les compétences exclusives ;

b) la prorogation volontaire de compétence ;

c) la litispendance et la connexité ;

d) les compétences protectrices des consommateurs ou des salariés ;

un État soumis aux instruments européens doit appliquer les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention lorsque le défendeur n'a pas de domicile dans un État soumis aux instruments européens.

4 Même si le défendeur est domicilié dans un État soumis aux instruments européens, un tribunal d'un tel État doit appliquer :

a) l'article 4 de la Convention dès lors que le tribunal choisi ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens ;

b) l'article 12 de la Convention dès lors que le tribunal auquel l'article 12 donne compétence exclusive ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens ;

c) les articles 21 et 22 de la Convention dès lors que chaque fois que le tribunal au bénéfice duquel la procédure

[191] Les propositions 1 à 3 sont annexées à l'avant-projet de Convention d'octobre 1999. La proposition 4 a été présentée et débattue à la Session diplomatique de juin 2001.

Article 41 Federal clause

This matter has not yet been discussed.

[*Article 42 Ratification of and accession to the Convention*[188]

[*Alternative A*

1 This Convention shall become effective between any two Contracting States on the date of entry into force provided that the two States have each deposited a declaration confirming the entry into force between the two States of treaty relations under this Convention.

2 At the time of deposit of its instrument of ratification or accession, or at any time thereafter, each State shall deposit with the depository a copy of its declarations concerning all Contracting States with which the State will enter into treaty relations under the Convention. A Contracting State may withdraw or modify a declaration at any time.

3 The depository shall circulate all declarations received to all Contracting States and to Member States of the Hague Conference.

4 The Hague Conference on Private International Law shall regularly publish information reporting on the declarations that have been deposited pursuant to this Article.]

[*Alternative B*

1 The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Nineteenth Session.[189]

2 It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

3 Any other State may accede to the Convention.

4 The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

5 The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of accession.

6 The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration will also have to be made by any Member State ratifying, accepting or approving the Convention after an accession. Such declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.

7 The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the first day of the third calendar month after the deposit of the declaration of acceptance.][190]]

[188] It was agreed that the two following proposals be included in this document in order to facilitate future discussion of this subject. There was no decision on whether there should be a provision dealing with bilateralisation and, if so, what form such a provision should take and how far bilateralisation should extend.

[189] It was requested that consideration be given to a method whereby the European Community could become a Party to the Convention.

[190] This proposal follows the language of Articles 37 and 38 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.*

ANNEX I[191]

Article 37 Relationship with other Conventions

Proposal 1

1 The Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by the Convention, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

2 However, the Convention prevails over such instruments to the extent that they provide for fora not authorised under the provisions of Article 18 of the Convention.

3 The preceding paragraphs also apply to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned and to instruments adopted by a community of States.

Proposal 2

1 *a)* In this Article, the Brussels Convention [as amended], Regulation [...] of the European Union, and the Lugano Convention [as amended] shall be collectively referred to as "the European instruments".

b) A State Party to either of the above Conventions or a Member State of the European Union to which the above Regulation applies shall be collectively referred to as "European instrument States".

2 Subject to the following provisions [of this Article], a European instrument State shall apply the European instruments, and not the Convention, whenever the European instruments are applicable according to their terms.

3 Except where the provisions of the European instruments on –

a) exclusive jurisdiction;

b) prorogation of jurisdiction;

c) *lis pendens* and related actions;

d) protective jurisdiction for consumers or employees;

are applicable, a European instrument State shall apply Articles 3, 5 to 11, 14 to 16 and 18 of the Convention whenever the defendant is not domiciled in a European instrument State.

4 Even if the defendant is domiciled in a European instrument State, a court of such a State shall apply –

a) Article 4 of the Convention whenever the court chosen is not in a European instrument State;

b) Article 12 of the Convention whenever the court with exclusive jurisdiction under that provision is not in a European instrument State; and

c) Articles 21 and 22 of this Convention whenever the court in whose favour the proceedings are stayed or

[191] Proposals 1-3 were annexed to the preliminary draft Convention of October 1999. Proposal 4 was introduced and discussed at the June 2001 Diplomatic Session.

est suspendue ou la compétence déclinée ne relève pas d'un État soumis aux instruments européens.

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

Proposition 3 (disponible en anglais uniquement)

Proposition 4[192]

Article 2 Champ d'application territorial

Insérer les termes entre crochets dans le chapeau du paragraphe premier comme suit :

1 Les dispositions du chapitre II s'appliquent devant les tribunaux d'un État contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État [ou sur le territoire d'une organisation régionale d'intégration économique qui est Partie contractante en vertu de l'article [...]]. Toutefois, même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État [contractant] [ou cette Partie contractante] :

[...]

Article 37A Rapports avec des Conventions dans des matières particulières

La présente Convention n'affecte pas les Conventions auxquelles les États contractants sont ou seront Parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions.

Article 37A Rapports avec des Conventions dans des matières particulières

La présente Convention n'affecte pas l'application de toute autre Convention à laquelle les États contractants sont ou seront Parties et qui, en relation avec certaines questions particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, pourvu que l'application de cette autre Convention n'affecte pas les droits et les obligations en découlant pour tout autre État partie qui n'est pas un État partie à cette autre Convention.

Article X Allocation des compétences en vertu de cette Convention

Cette Convention n'affecte en rien les règles d'une Partie contractante relatives à l'allocation des compétences entre les tribunaux à l'intérieur de l'État.

[192] Il a été souligné que pour faciliter les discussions futures, les articles 37A et X pourraient, en principe, être également étendus afin de couvrir les organisations régionales d'intégration économique.

ANNEXE II (ART. 8)

Proposition 1

Article 8 Contrats individuels de travail

1 Le travailleur peut introduire une action en matière de contrat individuel de travail contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'employeur ;

b) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail[, à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

c) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans un État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur ou devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit le travail dont résulte le litige.

2 L'employeur peut introduire une action en matière de contrat individuel de travail contre le travailleur seulement devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du travailleur ou dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

3 Toutefois, l'action peut être introduite devant les tribunaux désignés par une convention d'élection de for conforme aux conditions de l'article 4, paragraphes premier et 2 :

a) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ;

b) dans la mesure où la convention permet au travailleur de choisir de porter une action devant les tribunaux désignés dans la convention ou devant ceux désignés au paragraphe premier ; ou

c) dans la mesure où la convention est obligatoire pour les parties en vertu du droit de l'État du lieu du travail dont résulte le litige et qu'elle répond aux conditions définies dans la déclaration faite par cet État conformément à l'article X.

Proposition 2

Article 8 Contrats individuels de travail

1 En matière de contrat individuel de travail, le travailleur peut introduire une action contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail[, à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

b) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans cet État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur.

2 L'employeur peut introduire une action contre le travailleur en vertu de la Convention seulement :

jurisdiction is declined is not a court of a European instrument State.

Note: Another provision will be needed for other Conventions and instruments.

Proposal 3

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

a) not to be governed by this provision, or

b) not to be governed by this provision as to certain designated other conventions.

Proposal 4[192]

Article 2 Territorial scope

Insert the words shown in brackets in the chapeau of paragraph 1, as follows:

1 The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State [or in the territory of a regional economic integration organisation that is a Contracting Party under Article [...]]. However, even if all the parties are habitually resident in that [Contracting] State [or Party] –

[...]

Article 37A Relationship with Conventions in particular matters

This Convention shall not affect any Conventions to which the Contracting States are or will be Parties and which, in relation to particular matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments.

Article 37A Relationship with Conventions in particular matters

This Convention shall not affect the application of any other Convention to which the Contracting States are or will be Parties and which, in relation to particular matters, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, provided that the application of such other Convention shall not affect the rights and obligations under this Convention of any State Party that is not a Party to such other Convention.

Article X Allocation of jurisdiction under this Convention

Nothing in this Convention shall affect any rule of a Contracting State regarding the internal allocation of jurisdiction among the courts of that State.

[192] It was pointed out to facilitate future discussions that Article 37A and Article X could in principle also be extended to cover regional economic integration organisations.

ANNEX II (ART. 8)

Proposal 1

Article 8 Individual contracts of employment

1 An employee may bring a claim in matters relating to individual contracts of employment against the employer

a) in the courts of the State where the employer has its habitual residence;

b) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work[, unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

c) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated or in the courts of the State in which the employee carried out the work which has given rise to the dispute.

2 An employer may bring a claim in matters relating to individual contracts of employment against the employee only in the courts of the State in which the employee is habitually resident or in which the employee habitually carries out his work.

3 However, proceedings may be brought before the courts referred to in an agreement which conforms with the requirements of Article 4, paragraphs 1 and 2 –

a) if the agreement is entered into after the dispute has arisen;

b) to the extent that the agreement allows the employee to choose whether to bring proceedings in the courts referred to in the agreement or in the courts of the State referred to in paragraph 1; or

c) to the extent that the agreement is binding on both parties under the law of the State in which the employee carried out the work which has given rise to the dispute and provided that it meets the requirements specified in the declaration made by such State as contemplated in Article X.

Proposal 2

Article 8 Individual contracts of employment

1 In matters relating to individual contracts of employment, an employee may bring a claim against the employer,

a) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work[, unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

b) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated.

2 An employer may bring a claim against the employee under this Convention only –

a) devant les tribunaux de l'État :

i) de la résidence habituelle du travailleur ; ou

ii) dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ; ou

b) si le travailleur et l'employeur ont conclu un accord auquel le paragraphe 4 *b)* ou *c)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

3 L'article 4 est applicable au contrat conclu entre un travailleur et un employeur seulement :

a) dans la mesure où il permet au travailleur de porter une action devant les tribunaux d'un État autre que l'État auquel fait référence le paragraphe 2 ; ou

b) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

c) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le travailleur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

Proposition 3

Article X Réserve concernant les contrats de consommation et les contrats de travail

1 Un État contractant peut déclarer au moment de la signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion qu'il ne sera pas lié par l'article 7 ou 8 de la Convention.

2 Un État contractant qui fait une déclaration en vertu du paragraphe précédent peut aussi déclarer qu'il ne sera pas lié par le chapitre III de la Convention en ce qui concerne les jugements rendus en vertu de l'article 7 ou 8.

3 Un État contractant qui fait une déclaration en vertu des paragraphes précédents ne sera pas considéré un État contractant pour les fins de cette Convention en ce qui concerne les questions auxquelles s'applique la déclaration.

Note : Cette proposition est une alternative à l'article 25 bis *de l'annexe III-A du Projet d'Édimbourg et de l'article 8, paragraphe 4* c). *Elle pourrait également bien s'intégrer à la présente rédaction des articles 7 et 8 de l'avant-projet de Convention de 1999. Par contre, il serait nécessaire d'apporter des modifications aux règles de compétence du Projet d'Édimbourg.*

L'objet de cette réserve est de permettre aux États qui n'acceptent pas les règles spéciales relatives aux consommateurs et aux travailleurs de choisir de ne pas appliquer la Convention à ce sujet.

En vertu du premier paragraphe, un État peut choisir de ne pas appliquer les règles de compétence (« opt-out *») ; en revanche, une telle option n'existerait pas pour les règles de reconnaissance et d'exécution du chapitre III. Ainsi, un tel État est obligé de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus en vertu des articles 7 et 8. Par contre, l'État n'est pas obligé d'appliquer les articles 7 et 8 pour ce qui est de la compétence.*

En vertu du deuxième paragraphe, un État contractant peut choisir de ne pas appliquer les articles 7 et 8 en entier aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail. Un État peut uniquement faire une déclaration en vertu de ce paragraphe s'il a également fait une déclaration en vertu du paragraphe premier. Un État qui a décidé de faire des déclarations en vertu des paragraphes premier et 2 sera considéré comme ayant choisi de ne pas appliquer la Convention aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail. Ainsi, un tel État ne peut pas appliquer les articles 7 et 8 et les jugements rendus dans d'autres États contractants en vertu des articles 7 et 8 ne pourront pas être reconnus en vertu de la Convention dans l'État ayant fait cette déclaration.

Le paragraphe 3 précise que l'État faisant une réserve en vertu des paragraphes premier et 2 sera considéré comme étant un État non contractant relativement aux questions couvertes par la réserve.

Proposition 4 : La « Solution d'Édimbourg »

Article 8 Contrats individuels de travail

1 Cet article est applicable en matière de contrat individuel de travail.

2 Le travailleur peut introduire une action contre l'employeur :

a) devant les tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit ou accomplissait habituellement son travail[, à moins que l'employeur n'ait pas raisonnablement pu prévoir que le travailleur accomplirait habituellement son travail dans cet État] ; ou

b) si le travailleur n'accomplit pas ou n'accomplissait pas habituellement son travail dans un État, devant les tribunaux de l'État où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a engagé le travailleur.

3 L'employeur peut introduire une action contre le travailleur en vertu de la Convention seulement :

a) devant les tribunaux de l'État :

i) de la résidence habituelle du travailleur ; ou

ii) dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ; ou

b) si le travailleur et l'employeur ont conclu un accord auquel le paragraphe 4 *b)* ou *c)* s'applique, devant le tribunal désigné dans cet accord.

4 L'article 4 est applicable au contrat conclu entre un travailleur et un employeur seulement :

a) dans la mesure où il permet au travailleur de porter une action devant les tribunaux d'un État autre que l'État auquel fait référence le paragraphe 2 ; ou

b) si l'accord a été conclu après la naissance du litige ; ou

c) dans la mesure où l'accord est obligatoire pour le travailleur en vertu du droit de l'État de sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

Article 25 Jugements reconnus ou exécutés

« Sous réserve de l'article 25 *bis* [...] »

Texte provisoire

a) in the courts of the State –

i) in which the employee is habitually resident; or

ii) in which the employee habitually carries out his work; or

b) if the employee and the employer have entered into an agreement to which paragraph 4 *b)* or *c)* applies, in the court designated in that agreement.

3 Article 4 applies to an agreement between an employee and an employer only –

a) to the extent that it allows the employee to bring proceedings in the courts of a State other than the State referred to in paragraph 2; or

b) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

c) to the extent that the agreement is binding on the employee under the law of the State in which the employee is resident at the time the agreement is entered into.

Proposal 3

Article X Reservation in respect of consumer contracts and employment contracts

1 A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Article 7 or 8 of this Convention.

2 A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph may also declare that it will not be bound by Chapter III of this Convention in respect of judgments rendered under Article 7 or 8.

3 A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraphs is not to be considered a Contracting State of this Convention in respect of matters to which the declaration applies.

Note: This proposal is an alternative to Article 25 bis *in the Edinburgh Draft, Annex III-A, and Article 8, paragraph 4* c). *It could also work well with the present wording of Articles 7 and 8 in the 1999 preliminary draft Convention. However, some modifications of the rules of jurisdiction will have to be modified in the Edinburgh Draft.*

The purpose of this reservation is to make it possible for States that do not accept special rules about consumers or employees to opt out from the Convention in this respect.

Under the first paragraph a State can opt out from the jurisdictional rules but not the rules on recognition and enforcement under Chapter III. Consequently, such a State is bound to recognise and enforce judgments rendered under Article 7 or 8. However, the State is not obliged to apply Articles 7 and 8 in relation to jurisdiction.

Under the second paragraph, a Contracting State has the possibility to opt out completely in respect of consumer contracts and / or employment contracts. A State can only make a declaration under this paragraph if it has also made a declaration under paragraph 1. A State that has decided to make declarations under paragraphs 1 and 2 will be regarded as having opted out completely in respect of consumer contracts and employment contracts under the Convention. Therefore, such a State cannot apply Articles 7 and 8, and judgments rendered in other Contracting States under Articles 7 and 8 will not be recognised under the Convention in the State that has taken this reservation.

Paragraph 3 makes it clear that a State making reservations under paragraphs 1 and 2 is to be considered a non-Contracting State in respect of matters covered by the reservation.

Proposal 4: "Edinburgh Solution"

Article 8 Individual contracts of employment

1 This Article applies in matters relating to individual contracts of employment.

2 An employee may bring a claim against the employer –

a) in the courts of the State in which the employee habitually carries out or carried out his work[, unless it was not reasonably foreseeable by the employer that the employee would habitually carry out his work in that State]; or

b) if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one State, in the courts of the State in which the establishment that engaged the employee is or was situated.

3 An employer may bring a claim against the employee under this Convention only –

a) in the courts of the State –

i) in which the employee is habitually resident; or

ii) in which the employee habitually carries out his work; or

b) if the employee and the employer have entered into an agreement to which paragraph 4 *b)* or *c)* applies, in the court designated in that agreement.

4 Article 4 applies to an agreement between an employee and an employer only –

a) to the extent that it allows the employee to bring proceedings in the courts of a State other than the State referred to in paragraph 2; or

b) if the agreement is entered into after the dispute has arisen; or

c) to the extent that the agreement is binding on the employee under the law of the State in which the employee is resident at the time the agreement is entered into.

Article 25 Judgments to be recognised or enforced

"Subject to Article 25 *bis* [...]"

[*Article 25* bis

1 Un État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ni n'exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, ou indiquer quelles sont les conditions auxquelles il reconnaîtra ou exécutera un jugement en vertu du présent chapitre, lorsque :

a) le jugement a été rendu par le tribunal d'origine en vertu de l'article 7(2) ou 8(2) ; et

b) les parties avaient conclu un accord qui satisfait aux conditions de l'article 4 par lequel elles désignent un tribunal autre que le tribunal d'origine.

2 [Une déclaration en vertu du présent article ne peut être faite pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en application de l'article 7(2) ou 8(2) si l'État contractant qui fait la déclaration serait compétent en vertu de l'article pertinent dans un cas correspondant.]

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée par un État contractant qui a fait une déclaration prévue par le paragraphe premier conformément aux termes de cette déclaration.]

[*Article 25* bis

1 A Contracting State may make a declaration that it will not recognise or enforce a judgment under this Chapter, or a declaration specifying the conditions under which it will recognise or enforce a judgment under this Chapter, where –

a) the judgment was rendered by the court of origin under Article 7(2) or Article 8(2); and

b) the parties had entered into an agreement which conforms with the requirements of Article 4 designating a court other than the court of origin.

2 [A declaration under this Article may not deny recognition and enforcement of a judgment given under Article 7(2) or Article 8(2) if the Contracting State making the declaration would exercise jurisdiction under the relevant Article in a corresponding case.]

3 Recognition or enforcement of a judgment may be refused by a Contracting State that has made a declaration contemplated by paragraph 1 in accordance with the terms of that declaration.]

ANNEXE III

Proposition du Groupe de travail informel sur les formulaires

ANNEXE À LA CONVENTION

Formules

CERTIFICAT A

CONFIRMATION DE L'EXISTENCE D'UN JUGEMENT

(Exemple de certificat confirmant l'existence d'un jugement rendu par le Tribunal d'origine dans le but de reconnaissance et d'exécution en application de la Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (la « Convention »))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TEL. / FAX / COURRIEL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(DEMANDEUR)

Cas / Numéro de cause :

c.

(DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans le cas susvisé le (DATE) à (LOCALITÉ, PAYS), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à ce certificat[193].

1 *Choisir une ou plusieurs des propositions suivantes*[194] :

A Ce tribunal a fondé sa compétence sur l'article ou les articles suivant(s) de la Convention, tel(s) qu'intégré(s) en droit national

.....
.....

B Ce tribunal a fondé sa compétence sur le chef de compétence suivant, prévu par son droit national :

.....
.....

C Ce tribunal n'a pas identifié, dans son jugement, de chef de compétence :

OUI _____ NON _____

2 Ce tribunal a fondé sa compétence sur les constatations de fait suivantes *(Si les constatations de fait sont énoncées dans le jugement ou la décision jointe, veuillez indiquer les passages pertinents du jugement et de la décision)*[195] :

.....
.....
.....

3 Ce tribunal a accordé le montant des dommages pécuniaires suivant *(Veuillez indiquer toute catégorie pertinente de dommage)*[196] :

.....
.....
.....

[193] Article 29(1) *a)*.
[194] Article 27(1) – Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.
[195] Article 27(2) – Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence.
[196] Renvoi à l'article 33.

ANNEX III

Proposal of the Informal Working Group on Forms

ANNEX TO THE CONVENTION

Forms

FORM A

CONFIRMATION OF JUDGMENT

(Sample form confirming the issuance of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN) .....

(TEL. / FAX / E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(PLAINTIFF)

Case / Docket Number:

v.

(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE, COUNTRY), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).[193]

1 *Select one or more of the following options:*[194]

A This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following Article(s) of the Convention, as implemented under the law governing the proceedings of this Court:

.....
.....

B This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following ground of jurisdiction provided for by national law:

.....
.....

C This Court did not identify in the judgment a ground for jurisdiction over the defendant(s):

YES _____ NO _____

2 This Court based its jurisdiction over the defendant(s) on the following findings of fact *(If the findings of fact are stated in the judgment or accompanying decision, indicate the relevant passages of the judgment and the decision)*:[195]

.....
.....
.....

3 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate any relevant categories of damages)*:[196]

.....
.....
.....

[193] Article 29(1) *a)*.
[194] Article 27(1) – The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin.
[195] Article 27(2) – The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[196] Refer to Article 33.

4 Ce tribunal a accordé les dommages et intérêts suivants *(Veuillez indiquer le taux d'intérêt, la partie ou les parties du jugement auxquelles s'appliquent les dommages et intérêts, et la date à partir de laquelle il faut les compter)* :

.....
.....
.....

5 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès (y compris les frais de la représentation en justice) *(Veuillez spécifier le montant de telles allocations, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens du procès)*[197] :

.....
.....
.....

6 Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant *(Veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

.....
.....
.....

7 Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI _____ NON _____

(Si ce jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme qui vérifie que l'acte introductif d'instance a bien été notifié au défendeur[198, 199]*.)*

8 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'examen au / aux / en (PAYS DU TRIBUNAL D'ORIGINE)[200] :

OUI _____ NON _____

9 Ce jugement (ou une partie du jugement) est actuellement susceptible d'être exécuté au / aux / en (PAYS DU TRIBUNAL D'ORIGINE)[201] :

OUI _____ NON _____

Liste de documents :

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Fait à ....., le .....

.....

Signature et / ou cachet d'une personne autorisée du tribunal

[197] Article 33(3).
[198] Article 27(2) – Si le jugement a été rendu par défaut, le tribunal requis n'est pas lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence.
[199] Article 29(1) *b)*.
[200] Article 25(4).
[201] Article 25(3).

4 This Court awarded interest as follows *(Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed)*:

.....
.....
.....

5 This Court included within the judgment the following court costs and expenses (including attorneys fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) intended to cover costs and expenses relating to the proceedings within a monetary award)*:[197]

.....
.....
.....

6 This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

.....
.....
.....

7 This judgment was rendered by default:

YES _____ NO _____

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.[198, 199]*)*

8 This judgment (or some part thereof) is currently the subject of review in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[200]

YES _____ NO _____

9 This judgment (or some part thereof) is presently enforceable in (COUNTRY OF THE COURT OF ORIGIN):[201]

YES _____ NO _____

List of documents:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Dated this ..... day of ....., 20 ...

.....

Signature and / or stamp by an officer of the Court

[197] Article 33(3).
[198] Article 27(2) – If the judgment was by default, then the Court being addressed by this form is not bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction.
[199] Article 29(1) *b)*.
[200] Article 25(4).
[201] Article 25(3).

Table

Table des matières

Avis au lecteur

Dix-neuvième session – Travaux préliminaires

Liste des Documents préliminaires

Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé

Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999

Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar

Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale, Rapport des travaux de la réunion d'Ottawa – 28 février au 1er mars 2000

Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale – Genève, 1er février 2001

Observations des Gouvernements et Organisations internationales sur l'avant-projet de Convention et le Rapport

Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte portant sur des questions en suspens

Dix-neuvième session, Première partie – Actes

Membres de la Deuxième commission

Documents de travail de la Deuxième commission

Documents de travail Nos 1 à 11

Documents de travail Nos 12 à 17

Documents de travail Nos 18 à 28

Documents de travail Nos 29 à 34

Documents de travail Nos 35 à 54

Documents de travail Nos 55 à 62

Documents de travail Nos 63 à 72

Documents de travail Nos 73 à 77

Documents de travail Nos 78 à 88

Document de travail No 89

Documents de travail Nos 90 à 97

Document de travail No 98

Documents de travail Nos 99 à 107

Documents de travail Nos 108 à 111

Procès-verbaux de la Deuxième commission

Procès-verbal No 1

Procès-verbal No 2

Procès-verbal No 3

Procès-verbal No 4

Procès-verbal No 5

Procès-verbal No 6

Procès-verbal No 7

Procès-verbal No 8

Procès-verbal No 9

Procès-verbal No 10

Procès-verbal No 11

Procès-verbal No 12

Procès-verbal No 13

Procès-verbal No 14

Procès-verbal No 15

Procès-verbal No 16

Procès-verbal No 17

Procès-verbal No 18

Procès-verbal No 19

Procès-verbal No 20

Procès-verbal No 21

Procès-verbal No 22

Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001 – Texte provisoire

Table

Table des matières

Table of contents

Notice to the reader

Nineteenth Session – Preliminary work

List of Preliminary Documents

International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law

Preliminary draft Convention adopted by the Special Commission on 30 October 1999

Report by Peter Nygh and Fausto Pocar

Electronic Commerce and International Jurisdiction, Summary of Discussions of the Meeting in Ottawa – 28 February to 1 March 2000

Report of the Experts Meeting on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters – Geneva, 1 February 2001

Comments of the Governments and International Organisations on the preliminary draft Convention and on the Report

Informational Note on the Work of the Informal Meetings held since October 1999 to Consider and Develop Drafts on Outstanding Items

Nineteenth Session, Part One – Acts

Members of the Second Commission

Working Documents of the Second Commission

Working Documents Nos 1 to 11

Working Documents Nos 12 to 17

Working Documents Nos 18 to 28

Working Documents Nos 29 to 34

Working Documents Nos 35 to 54

Working Documents Nos 55 to 62

Working Documents Nos 63 to 72

Working Documents Nos 73 to 77

Working Documents Nos 78 to 88

Working Document No 89

Working Documents Nos 90 to 97

Working Document No 98

Working Documents Nos 99 to 107

Working Documents Nos 108 to 111

Minutes of the Second Commission

Minutes No 1

Minutes No 2

Minutes No 3

Minutes No 4

Minutes No 5

Minutes No 6

Minutes No 7

Minutes No 8

Minutes No 9

Minutes No 10

Minutes No 11

Minutes No 12

Minutes No 13

Minutes No 14

Minutes No 15

Minutes No 16

Minutes No 17

Minutes No 18

Minutes No 19

Minutes No 20

Minutes No 21

Minutes No 22

Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001 – Interim Text

Table

Table of contents