

Exécution des jugements
Enforcement of judgments

Doc. prélim. No 21
Prel. Doc. No 21

janvier / January 2003



**RAPPORT DE LA DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL INFORMEL
SUR LE PROJET DES JUGEMENTS – 6 AU 9 JANVIER 2003**

préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

**REPORT ON THE SECOND MEETING OF THE INFORMAL WORKING GROUP
ON THE JUDGMENTS PROJECT – JANUARY 6-9, 2003**

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

Document préliminaire No 21 de janvier 2003

Preliminary Document No 21 of January 2003

**RAPPORT DE LA DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL INFORMEL
SUR LE PROJET DES JUGEMENTS – 6 AU 9 JANVIER 2003**

préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

**REPORT ON THE SECOND MEETING OF THE INFORMAL WORKING GROUP
ON THE JUDGMENTS PROJECT – JANUARY 6-9, 2003**

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION	4
II.	CLAUSES D'ÉLECTION DE FOR	5
	A. Définition de l'exclusivité des clauses d'élection de for	5
	B. Clauses non exclusives d'élection de for et mesures provisoires	6
	C. Validité formelle	7
	D. Validité matérielle	7
	1. Exigence d'un élément international ?	7
	a) Élément international général	7
	b) Lien particulier avec l'Etat du for	8
	2. Absence de consentement et motifs généraux d'invalidité (clause générale de sauve-garde)	9
	E. Propriété Intellectuelle	11
III.	AUTRES CHEFS DE COMPÉTENCE ÉVENTUELS À INCLURE DANS LA CONVENTION	12
	A. Consentement / renonciation / soumission	12
	B. Demandes reconventionnelles	13
	1. Valeur ajoutée éventuelle d'une règle sur les demandes reconventionnelles en présence d'une clause d'élection de for	13
	2. Rapport avec la compensation et possibilité d'étendre une règle sur les demandes reconventionnelles aux demandes sans lien avec la demande principale	14
	C. For du défendeur	15
IV.	TRAVAUX FUTURS	17

I. INTRODUCTION

Du 6 au 9 janvier 2003, le groupe de travail informel sur le Projet des Jugements a tenu une deuxième réunion de trois jours¹. La réunion était présidée par le Professeur Allan Philip (Danemark) et a eu lieu au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à La Haye. Les membres du groupe, représentant le caractère universel de la Conférence de La Haye et une large gamme de systèmes de droit, sont Marie-Odile Baur (Commission européenne), Paul Beaumont (Royaume-Uni), Antonio Boggiano (Argentine) Alegria Borrás (Espagne), Andreas Bucher (Suisse), Masato Dogauchi (Japon), Antonio Gidi (Brésil ; excusé pour cette réunion), David Goddard (Nouvelle-Zélande ; excusé pour cette réunion), Jeffrey Kovar (Etats-Unis d'Amérique), Nagla Nassar (Egypte ; excusée pour cette réunion), Gugu Gwen Ncongwane (Afrique du Sud), Tatyana Neshataeva (Fédération de Russie ; excusée pour cette réunion), Fausto Pocar (Italie), Peter Trooboff (Etats-Unis d'Amérique), José Luis Siqueiros (Mexique ; excusé pour cette réunion), Sun Jin (Chine), et Rolf Wagner (Allemagne). Ils participent à titre personnel, et ne sont donc ni habilités ni disposés à engager ou lier un quelconque gouvernement.

Comme l'avait décidé la Commission sur les Affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye lors de sa réunion du 22 au 24 avril 2002, le groupe informel doit étudier la possibilité de présenter un texte à une Commission spéciale, devant se tenir à la mi-2003, avec des perspectives suffisantes de parvenir à un accord. Le groupe a donc poursuivi ses efforts pour parvenir à un texte à soumettre à une Commission spéciale, suivant l'idée qu'une recommandation de la part du groupe constituerait le guide le plus efficace pour les délégations gouvernementales.

La réunion a été divisée en deux parties. Lors de la première partie, les discussions se sont fondées sur le Document préliminaire No 19, qui avait été préparé par le Bureau Permanent afin de faciliter les travaux du groupe, et représentait une poursuite des débats de la réunion précédente. Si la première réunion s'est concentrée sur les clauses d'élection de for exclusives dans les affaires entre professionnels, la deuxième réunion a d'abord examiné la définition de « l'exclusivité » avant de passer aux clauses d'élection de for non exclusives. Elle a considéré certains domaines où celles-ci pourraient nécessiter un traitement différent des clauses exclusives (notamment les mesures provisoires). Par la suite, le groupe est revenu sur des questions restées en suspens pendant la première réunion, se concentrant donc principalement sur les clauses d'élection de for exclusives mais également examinant brièvement certaines de ces questions à l'égard des clauses d'élection de for non exclusives. Les débats se sont concentrés sur la question de savoir s'il faudrait imposer qu'une affaire impliquant une clause d'élection de for, pour relever du champ d'application de la convention, comporte un élément international, s'il doit y avoir un lien objectif avec le for choisi, et s'il devrait y avoir une norme générale pour permettre aux tribunaux de déterminer la validité matérielle (clause dite de sauvegarde générale qui pourrait inclure l'ordre public, l'injustice manifeste ou autres). La question d'inclure ou non certains ou l'ensemble des droits de propriété intellectuelle a également été examinée à nouveau. Toujours sur le fondement du Document préliminaire No 19, le groupe a ensuite discuté d'éventuels chefs supplémentaires de compétence à ajouter, tels qu'ils ont été identifiés par la Commission sur les Affaires générales : consentement / renonciation / soumission, demandes reconventionnelles, et for du défendeur.

Sur la base de ces discussions, la Présidence a alors présenté une proposition de Projet de Convention sur les Clauses Exclusives d'Election de For afin de faciliter la poursuite de la discussion.

Afin de se conformer au mandat délivré au groupe par la Commission sur les Affaires générales en avril 2002 et d'assurer la transparence dans l'information des Etats membres de la Conférence de La Haye ainsi que des intéressés, le présent Rapport décrit le résultat des discussions et comprend le projet présenté par la Présidence, tel que le groupe l'a affiné, dans sa dernière version en Annexe. Les intitulés des parties du Rapport indiqueront

¹ Voir le Doc. prélim. No 20 à < ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgm_pd20f.doc > pour le Rapport sur la première réunion.

la disposition correspondante du projet en Annexe. Le groupe a laissé à la discrétion du Bureau Permanent les modifications nécessaires de la rédaction du texte anglais si la préparation d'une version française les requiert.

Le groupe informel n'a pas encore discuté d'autres chefs de compétence identifiés par la Commission des Affaires générales en avril 2002 tels que les *trusts*, la compétence à l'égard des succursales, et les délits matériels.

Le groupe est convenu de tenir sa troisième réunion du 25 au 28 mars 2003 à La Haye, immédiatement avant la réunion de la Commission I sur les Affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye qui se réunira du 1er au 3 avril. La Commission I disposera des Rapports des deux premières réunions du groupe informel, et un compte rendu oral de la troisième réunion au moins lui sera présenté par la Présidence du groupe informel et le Bureau Permanent.

II. CLAUSES D'ÉLECTION DE FOR

A. DEFINITION DE L'EXCLUSIVITE DES CLAUSES D'ÉLECTION DE FOR (ANNEXE, ARTICLE 3)

La première réunion du groupe informel s'était concentrée sur les clauses d'élection de for exclusives. Avant de passer à l'examen d'autres questions - les clauses d'élection de for non exclusives ou l'ajout d'autres chefs de compétence -, le besoin d'une définition plus claire de ce qu'il fallait comprendre, à l'effet de la présente Convention, par des clauses d'élection de for « exclusives » et « non exclusives » a été ressenti.

L'existence d'au moins trois types élémentaires de clauses d'élection de for différents est apparue comme évident :

- (1) des clauses désignant une juridiction (ou les juridictions d'un Etat) uniquement (c'est à dire, exclusivité pure) ;
- (2) des clauses permettant plusieurs juridictions identifiées par le contrat à l'exclusion de toutes les autres (c'est à dire, exclusivité multiple)² ; et
- (3) des clauses non exclusives d'élection de for indiquant une juridiction choisie sans interdire aux parties d'en saisir une autre.

En outre, il est apparu qu'il existait des variantes et combinaisons de ces trois types.

- (4) Les participants ont fourni des exemples de clauses exclusives à l'égard d'une partie, alors que l'autre disposait du droit de saisir une juridiction quelconque d'une liste de plusieurs juridictions convenues,
- (5) ou une juridiction entièrement différente hors du contrat.

Les clauses dites asymétriques décrites en (4) et (5) semblent se produire notamment en cas de déséquilibre de la force de négociation entre les parties.

- (6) Un autre type de clause encore (dite symétrique) impose à chaque partie de saisir l'autre exclusivement au for de son domicile³.

Des doutes subsistaient quant à savoir si les situations (2) à (6) étaient courantes en pratique. Puisque toutes, sauf le type (1), permettent la saisie licite de plus d'une juridiction, elles nécessiteraient une règle indiquant comment traiter les procédures parallèles, créant ainsi de nouveaux risques pour l'acceptation de cette Convention. Selon le groupe, la question d'un équilibre raisonnable entre les avantages et inconvénients de

² On a fait remarquer, au cours des débats, que de telles clauses désignant plus d'une juridiction sont d'usage courant dans certains secteurs et certains pays, p.ex. dans le secteur bancaire au Japon, mais sont nulles selon le droit interne d'autres Etats, p.ex. la Chine.

³ A titre d'exemple tiré de l'arbitrage, il a été fait référence à une Convention d'arbitrage entre l'*American Arbitration Association* et la *Japanese Commercial Arbitration Association*, en date du 16 septembre 1952, selon laquelle le for est choisi selon divers facteurs.

l'inclusion d'une règle sur les procédures parallèles dépendait également de l'ajout ou non, en définitive, d'autres chefs de compétence soulevant également la question des procédures parallèles.

Il a été proposé d'éviter la nécessité d'une règle sur les procédures parallèles en appliquant la Convention uniquement à la partie symétrique de l'accord. Cependant, seules les clauses de type (4) peuvent être divisées en une partie symétrique et une autre asymétrique. Il a également été proposé d'avoir deux parties différentes de la Convention, pour les clauses réellement exclusives (type (1)) d'une part, et les autres clauses (types (2) à (6)) d'autre part. Aucune de ces propositions n'a été poursuivie plus avant.

Le groupe a clarifié que tout ce qui avait été débattu ou convenu pendant la première réunion ne concernait que les clauses de type (1). Il a été décidé de concentrer⁴ le débat sur ce type pour le moment, et d'obtenir plus de renseignements afin de savoir si les types (2) à (6) étaient si courants ou non dans les affaires entre professionnels que leur inclusion en était également justifiée, notamment à la lumière de l'article 4(1) du Texte provisoire de 2001 qui comporte une présomption d'exclusivité. Le Bureau Permanent a proposé d'entrer en relation avec la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à cet égard. Un participant a mentionné que le Barreau de Washington D.C. serait également disposé à apporter son concours.

B. CLAUSES NON EXCLUSIVES D'ÉLECTION DE FOR ET MESURES PROVISOIRES

Au cours de sa première réunion, le groupe a énuméré un certain nombre de principes à l'égard des mesures provisoires en présence d'une clause exclusive d'élection de for⁵. Parmi ces principes, un seul a été identifié comme pouvant nécessiter une modification si la clause d'élection de for était non exclusive, à savoir le principe concernant les injonctions anti-poursuites. Lors de cette première réunion, il a été considéré que, dans le cas où une juridiction était choisie à titre exclusif, la convention devrait permettre (mais non contraindre) toute autre juridiction à accorder alternativement des mesures provisoires et conservatoires ne représentant pas des mesures au fond à l'appui des actes de la juridiction choisie. Cependant, il a été souligné à l'époque qu'une telle règle ne devrait pas permettre à ces autres juridictions de délivrer une injonction anti-poursuites au détriment de la procédure devant la juridiction choisie à titre exclusif. Les recherches effectuées par le Bureau Permanent indiquent qu'une disposition pourra ne pas être nécessaire dans cette mesure parce qu'aucune affaire de ce type n'a pu être identifiée en pratique.

Cependant, eu égard aux clauses d'élection de for non exclusives, même en supposant qu'il pourrait en être autrement (par exemple, que les juridictions d'un Etat contractant délivrent une injonction anti-poursuites à l'encontre d'une personne ayant engagé une procédure à l'étranger devant la juridiction choisie dans un autre Etat contractant), les avis au sein du groupe informel étaient partagés sur l'opportunité et la façon de traiter cette situation dans la convention. Si certains participants avaient souhaité interdire complètement les injonctions anti-poursuites, la plupart n'ont vu aucune nécessité de protéger la procédure devant une juridiction choisie – mais pas à titre exclusif – contre l'immixtion d'injonctions anti-poursuites délivrées dans d'autres Etats contractants. Il a été proposé de limiter la convention aux clauses exclusives d'élection de for (dans ce cas, aucune règle sur les injonctions anti-poursuites ne serait nécessaire). S'il était décidé d'inclure les clauses non exclusives, la plupart des participants ont proposé de ne pas avoir de règle sur les injonctions anti-poursuites non plus, parce que les affaires seraient très rares et ne justifieraient pas cette complication supplémentaire.

⁴ Cependant, cela n'a pas exclu qu'au cours de la discussion qui a suivi, le groupe a parfois également envisagé comment une certaine règle fonctionnerait à l'égard des clauses d'élection de for autres que celles du type (1).

⁵ Voir p. 14 du Doc. prélim. No 20, au VI.

C. VALIDITÉ FORMELLE (ANNEXE, ARTICLE 4)

Au cours de la première réunion, la question de la nécessité d'une référence au « message de données » pour couvrir les contrats sous forme électronique ou autre de manière appropriée, telle que celle figurant aux articles 2 et 6 de la Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique, a été soulevée. A la suite de consultations réalisées entretemps, le groupe est désormais en mesure de supprimer de nouveau cette référence, qui avait été ajoutée à titre provisoire lors de la dernière réunion⁶. La question de l'interdiction des exigences de forme nationales moins strictes, qui n'a pas été résolue lors de la première réunion, n'a été examinée que dans le contexte d'accords pour la soumission à une compétence après la survenance d'un litige⁷.

D. VALIDITÉ MATÉRIELLE

1. EXIGENCE D'UN ÉLÉMENT INTERNATIONAL ? (ANNEXE, ARTICLE 2)

A) ÉLÉMENT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

En partant de la disposition sur le champ d'application territorial en article 2(1), et l'extension par rapport aux clauses d'élection de for en article 2(1)(a) du Texte provisoire de 2001, le groupe, lors de sa première réunion, avait proposé provisoirement de garder quelque chose de semblable (y compris le (a)) et, le cas échéant, de le modifier afin d'assurer l'impossibilité pour les deux parties d'emporter à l'étranger une affaire par ailleurs strictement interne simplement en choisissant une juridiction étrangère. Le groupe n'était cependant pas parvenu à trouver la formulation correspondante⁸.

Au cours de sa deuxième réunion, le groupe est revenu sur cette question. Une version reformulée de la disposition susvisée sur le champ d'application territorial en général, adaptée aux fins d'une Convention sur l'Élection de For, figure à l'article 2(1) de l'Annexe.

En ce qui concerne l'exigence d'un élément international supplémentaire, outre la localisation de la juridiction choisie, la difficulté et la nécessité de trouver une définition claire ont, une fois de plus, été soulignées parce que cela pourrait déterminer en définitive le champ d'application d'une Convention sur l'élection de for. Il a été remarqué qu'une telle exigence ne devrait pas trop limiter le champ d'application de la Convention, ce qui l'empêcherait de représenter une alternative de valeur égale à l'arbitrage. Il a été mentionné que, dans certains pays, les sociétés étrangères, afin d'être autorisées à y traiter, sont tenues de créer une filiale ou entreprise commune locale. Si cela rendait donc leur contentieux avec les entreprises locales purement interne, il pourrait sembler arbitraire dans certains cas d'exclure ces situations du champ d'application de la convention.

Les deux alternatives de l'article 2(2) du projet en Annexe proposent une formulation destinée à exprimer l'exigence d'un élément international général. Si l'alternative 1 se concentre sur la nature internationale du litige seul, l'alternative 2 étudie la nature internationale des relations entre les parties ou de l'objet du litige. Il a été signalé que la charge de la preuve pourrait également jouer un rôle : selon la rédaction de l'Annexe, si un demandeur poursuit devant la juridiction choisie, l'alternative 1 établirait une présomption donnant effet à l'accord d'élection de for, et dans de nombreux systèmes de droit, il appartiendrait au défendeur de la renverser. L'alternative 2, par contre, est rédigée sous la forme d'une exigence positive pour donner effet à l'accord d'élection de for et, dans de nombreux systèmes juridiques, devrait être plaidée par le demandeur ou examinée d'office par la juridiction. Par conséquent, une exigence négative pourra favoriser l'application des accords d'élection de for en vertu de la Convention un peu plus qu'une exigence positive. Quelle que soit l'option choisie, il faudrait donc examiner la rédaction du point de vue de la charge de la preuve.

⁶ Voir p. 5 du Doc. pré-l. No 20, ainsi que les dispositions en italiques de l'Annexe 1, No 2, à ce document.

⁷ Voir p. 12 et seq. (paragraphe III.A) et note 7 à l'Annexe.

⁸ Voir p. 7 et seq. du Doc. pré-l. No 20.

b) LIEN PARTICULIER AVEC L'ETAT DU FOR (ANNEXE, ARTICLE 13)

Lors de la première réunion, les avis avaient été divisés quant à l'exigence ou non, outre l'exigence du caractère international en tant que tel, d'un élément international plus précis, à savoir, un lien avec le for choisi. Certains participants n'ont pas estimé prudent pour tous les législateurs et juridictions nationaux d'accepter une obligation ouverte d'accueillir le contentieux de n'importe quelles parties, même en l'absence d'un lien objectif avec le for. Les options débattues⁹ ont été de laisser au droit national le soin de décider de faire connaître de ces affaires par les juridictions d'un Etat contractant, ou plus précisément, de permettre l'utilisation d'un *forum non conveniens* national, ou d'adoucir l'obligation d'un Etat contractant d'accepter les affaires sans lien avec cet Etat au moyen d'une clause de sauvegarde générale à débattre ultérieurement¹⁰ ou d'un système de déclaration / réserve. Cependant, chacune des options a soulevé une opposition significative.

En supposant que, sans l'exigence d'un lien avec le for choisi, la convention ne serait pas acceptable pour certains, le groupe a examiné de plus près l'option la plus restrictive qui aurait le plus faible impact sur le champ d'application de la Convention, c'est-à-dire la solution de la déclaration / réserve. Il a été fait remarquer que cela pourrait être utilisé par les Etats ayant fait le choix politique de ne pas attirer de contentieux sans lien avec cet Etat, mais que cela ne restreindrait pas, par ailleurs, le champ d'application de la Convention d'une manière générale et obligatoire à cet égard. L'article 13 du projet en Annexe propose une formulation à cet effet.

Certains participants ont continué de contester la nécessité d'un tel lien. Ils ont rappelé que l'existence d'un élément international excluait déjà les affaires purement internes, et regretté l'éventuel manque de prévisibilité que le système de la déclaration produirait, ainsi que celui de réciprocité. Bien que la bilatéralisation ait été généralement jugée inopportune, certains participants ont suggéré que la bilatéralisation pourrait, dans ce cas, être envisagée afin de rétablir la réciprocité. En outre, certains participants ont jugé important d'effectuer la déclaration à un seul moment, c'est-à-dire lors de la ratification ou adhésion, et non à un moment quelconque par la suite. Le retrait, cependant, devrait être possible à tout moment.

Au cours des débats sur les détails d'une éventuelle règle de déclaration, un certain nombre d'exemples de la manière dont certains systèmes juridiques nationaux limitent actuellement la possibilité pour les parties étrangères de choisir cet Etat comme for ont été donnés : l'exigence d'un montant minimum pour la réclamation en cause, l'exigence que les parties aient également choisi la loi du for choisi, ou l'exigence pour une société étrangère demanderesse ayant exercé une activité dans cet Etat de s'y inscrire en qualité de société étrangère (ce qui la contraindrait à verser des droits et pourrait l'y soumettre à la possibilité de poursuites pour tout motif, même sans lien avec l'activité qu'elle a exercée dans cet Etat). Il a été souligné que ces règles dans les Etats des Etats-Unis s'appliquent aux sociétés d'autres Etats des Etats-Unis, ainsi qu'à celles d'Etats étrangers. La possibilité de pouvoir continuer à appliquer certaines ou la totalité de ces restrictions (et d'autres éventuelles), sous l'empire de la Convention, restait encore incertaine. Certaines de ces restrictions pourraient être considérées comme ayant trait à la compétence *ratione materiae* ou la procédure (qui ne sont pas affectées par la Convention - voir Annexe, articles 10 et 11). Lorsque ces restrictions n'ont pas trait à la compétence *ratione personae* (qui est la seule question régie par la Convention) et peuvent donc continuer à s'appliquer, certains participants ont suggéré que les Etats ayant fixé de telles limites ne devraient pas avoir besoin d'un régime de déclaration. Cependant, des préoccupations ont été exprimées au sujet du risque de voir les Etats créer de telles exigences dans leur droit national, et donc saper le champ d'application de la Convention. Une option pour éviter cela serait d'inclure une règle dans la Convention interdisant l'application des règles internes de procédure visant à limiter l'effet des clauses d'élection de for.

⁹ Voir p. 8 du Doc. prélim. No 20, en b.

¹⁰ Cependant, il avait déjà été déclaré, lors de la première réunion, qu'une clause générale d'ordre public serait trop restrictive pour satisfaire ceux qui demandent un lien avec le for choisi. Selon cette opinion, s'il était décidé de traiter les affaires « sans lien » au moyen d'une clause de sauvegarde générale, quelque chose de plus que le seul ordre public, p.ex. une clause sur l'injustice manifeste, serait donc nécessaire.

Le groupe avait discuté de la nécessité pour la clause de déclaration d'énumérer des facteurs de rattachement *requis*, tels que mentionné en page 8 du Document préliminaire No 20, ou plutôt décrire les affaires qui pourraient *ne pas* être acceptées (soit en mentionnant de nouveau des facteurs de rattachement particuliers dont l'absence donnerait lieu au refus, soit en visant les « affaires sans lien » en général). Il a été jugé important d'être aussi précis que possible parce que la déclaration définira le champ d'application de la Convention. Certains ont même souhaité obliger un Etat effectuant la déclaration à indiquer les exigences dans la déclaration. Il a cependant été constaté que cela serait difficile en pratique, notamment à l'égard des Etats disposant de plus d'un système de droit¹¹, et au vu du besoin pour les autres Etats contractants de traduire et publier ces déclarations de manière interne.

2. ABSENCE DE CONSENTEMENT ET MOTIFS GÉNÉRAUX D'INVALIDITÉ (CLAUSE GÉNÉRALE DE SAUVEGARDE - ANNEXE, ARTICLES 5 ET 7)

Lors de sa première réunion, le groupe avait discuté de l'opportunité d'inclure une clause générale fixant au moins une norme conventionnelle partielle dans le domaine de la validité matérielle. Une telle règle permettrait aux juridictions de juger non valable une clause d'élection de for pour un motif de fond. En l'absence d'une règle conventionnelle, cela serait laissé au droit national, à moins que celui-ci ne soit expressément exclu par la Convention. Les options identifiées pour une norme dans la Convention ont été d'inclure une règle générale d'ordre public uniquement, ou d'ajouter une clause supplémentaire (par exemple, sur l'injustice manifeste). Si, lors de la première réunion, il avait été jugé possible d'insérer une clause générale d'ordre public¹², d'interprétation stricte et applicable à toutes les règles de compétence pouvant être incluses dans la convention, l'évocation du souhait voire de la nécessité d'une autre règle, légèrement plus étendue, sur l'invalidité matérielle, et / ou du besoin pour les règles nationales à l'égard de la validité matérielle de continuer de s'appliquer avaient provoqué un vif désaccord¹³.

La discussion s'est répétée lors de la deuxième réunion. En outre, il est apparu qu'il serait très difficile, voire impossible, de parvenir à un accord sur (outre la clause d'ordre public) la formulation d'une clause de sauvegarde générale créant une norme conventionnelle autonome de validité matérielle (et notamment de licéité), déjà dans le groupe informel mais plus encore lors d'une réunion plénière des 62 Etats membres de la Conférence de La Haye.

Les illustrations fournies de la nécessité d'une telle clause de sauvegarde générale (ou alternativement, de la possibilité d'appliquer le droit national) concernaient les clauses contractuelles non négociées, notamment dans le domaine des contrats conclus par voie électronique (contrats par clic), mais également hors de celui-ci (contrat par ouverture de l'emballage¹⁴). Au cours des débats, il est apparu que de nombreux systèmes de droit effectueraient un examen très attentif pour savoir s'il y avait eu un consentement valable en pareil cas. Cependant, d'autres systèmes de droit pourraient ne pas qualifier une situation semblable de défaut de consentement, mais juger un tel accord non valable dans une situation appropriée en vertu d'une autre règle générale (au motif de l'injustice, du caractère déraisonnable, de l'ordre public, ou autre). Il n'était pas toujours clair que cela relevait du consentement ou d'un concept distinct, et cela pourrait être vu de manière différente dans des systèmes de droit différents. Certains participants proposent donc

¹¹ Les participants des Etats-Unis, p.ex., ont expliqué qu'aux Etats-Unis, les juridictions fédérales étaient dépourvues de compétence *ratione materiae* en matière contractuelle, à moins qu'il n'y ait « diversity of citizenship », c'est-à-dire des parties domiciliées dans des Etats différents, et que le montant nécessaire à la compétence (75.000 USD) soit en cause, ou qu'il y ait une question fédérale, 28 USC 1331 - 1332, et que la mise en oeuvre d'une Convention sur l'élection de for se produirait donc probablement principalement par l'intermédiaire des juridictions d'Etat.

¹² Il s'agirait dans tous les cas de l'ordre public du for effectivement saisi.

¹³ Voir p. 8 *et seq.* du Doc. prélim. No 20.

¹⁴ Cela signifie que les conditions générales sont imprimées sur l'extérieur de l'emballage contenant les marchandises, sous une enveloppe en plastique transparent. Elles comportent une clause stipulant qu'en enlevant l'enveloppe plastique, l'utilisateur accepte ces conditions-types.

désormais que tous les Etats devraient disposer de la même souplesse pour juger non valable une clause d'élection de for, quelle que soit la qualification de cette question en droit national.

Dans ce contexte, il a été rappelé qu'au cours de sa première réunion, afin d'essayer d'améliorer la prévisibilité, le groupe avait proposé de soumettre le consentement à la loi choisie par les parties ou, à défaut d'élection de loi, au droit interne de la juridiction choisie. Il n'avait pas été possible, lors de la première réunion, de parvenir à un accord sur une proposition commune pour la loi applicable aux autres aspects de la validité matérielle, et notamment la licéité (norme Conventionnelle, loi de la juridiction choisie ou loi de la juridiction saisie)¹⁵. A la lumière de la discussion susvisée, qui avait illustré que des systèmes de droit différents pourraient utiliser des catégories juridiques différentes pour parvenir à des résultats semblables à l'égard de la souplesse qu'ils jugeaient nécessaire, certains participants ont proposé de ne pas soumettre le consentement et les autres conditions de la validité matérielle à des lois différentes parce qu'il serait difficile de les délimiter. Au lieu de cela, la loi de la juridiction saisie¹⁶ devrait déterminer tous les aspects de la validité matérielle de la clause d'élection de for¹⁷.

Ceux qui avaient initialement demandé une règle supplémentaire outre l'ordre public ont indiqué qu'une solution qui laissait la question de la validité matérielle relever du seul droit national aurait deux avantages. D'abord, il ne serait pas nécessaire d'établir la limite entre le consentement et les autres aspects de la validité matérielle. Ensuite, si cette solution de l'application de la loi de la juridiction saisie, combinée avec une clause générale d'ordre public, était adoptée, aucune clause de sauvegarde permettant à la juridiction saisie mais non choisie de juger non valable un accord d'élection de for (par exemple, une « clause d'injustice manifeste »), ne serait nécessaire. Si, par contre, la règle soumettant le consentement à la loi choisie par les parties ou, à défaut de choix de loi, à la loi interne de la juridiction choisie, était conservée¹⁸, il leur faudrait une clause de sauvegarde supplémentaire, et l'ordre public seul ne suffirait pas¹⁹.

D'autres ont jugé que laisser tous les aspects de la validité matérielle relever de la loi de la juridiction saisie n'apporterait aucune amélioration de la sécurité juridique par rapport à la situation actuelle. Cela réduirait la convention à un instrument sur la validité formelle des clauses d'élection de for. Ils ont donc préféré conserver la solution issue de la première réunion, c'est à dire soumettre le consentement à la loi choisie par les parties et, à défaut d'un choix de loi, au droit interne de la juridiction choisie²⁰.

Les tenants de cette position ont déclaré qu'ils seraient peut-être disposés à un compromis

¹⁵ Voir No 1, 2^{ème} proposition, en Annexe I au Doc. pré-l. No 20 (p. 17).

¹⁶ Cela comprendrait son ordre public, ses règles de droit international privé relatives à la conclusion de contrats, et le droit matériel désigné par celles-ci.

¹⁷ Voir article 5(2) alternative 1, alternative 2, 2^{ème} phrase, et alternative 5 dans le projet joint en Annexe au présent Rapport. Concernant l'alternative 2, 2^{ème} phrase, et l'alternative 5, il a été signalé qu'une telle règle explicite indiquant que certains ou la totalité des aspects de la validité matérielle étaient soumis à la loi de la juridiction saisie signifierait que le droit applicable – et donc la validité de la clause – ne pourraient pas être déterminés tant qu'aucune juridiction n'était saisie. Certains participants ont donc jugé l'alternative 1 préférable à cet égard. Dans le même contexte il a été demandé si une règle telle que l'article 27(1) du Texte provisoire de 2001 (« Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine ») serait conservée dans une Convention limitée aux clauses d'élection de for. Si tel était le cas, quelle loi ce tribunal appliquerait-il alors à l'occasion de l'examen de la validité de la clause d'élection de for ? Il sera nécessaire de revenir sur la nécessité (et la forme éventuelle) d'une telle disposition lors de la discussion des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution.

¹⁸ Il semble plus probable que les parties se conforment aux exigences d'une loi qu'ils ont choisie (directement ou indirectement en choisissant une juridiction) qu'à celles d'une loi dont l'applicabilité à leur accord n'est pas prévisible au moment de sa conclusion, mais seulement établie au moment où une juridiction (autre que la juridiction choisie) est saisie. Ainsi, laisser (tout ou partie de) la validité matérielle relever de la loi de la juridiction saisie (y compris ses règles de droit international privé) pourrait donner lieu à l'invalidation d'un plus grand nombre de clauses par les juridictions saisies mais non choisies, et ces juridictions connaîtraient alors elles-mêmes de ces affaires si elles étaient compétentes selon le droit national. En saisissant une juridiction en vertu du droit de laquelle la clause n'est pas valable, le demandeur peut donc éviter de se conformer à une clause d'élection de for.

¹⁹ Voir article 5(2), alternative 3 dans le projet joint en Annexe au présent Rapport, et sa note No 13.

²⁰ Voir article 5(2), alternative 3 dans le projet joint en Annexe au présent Rapport.

et à soumettre le consentement et la capacité à la loi de la juridiction saisie si cela pouvait éviter l'inclusion d'une « clause d'injustice manifeste ». Certains d'entre eux ont cependant insisté sur le fait que la licéité devrait dépendre de la seule loi de la juridiction choisie (ou

de la loi choisie par les parties), et non de la loi de la juridiction saisie. En outre, ils voulaient que la convention indique clairement que les parties avaient le droit de choisir une loi applicable à la validité matérielle d'une clause d'élection de for²¹.

Les différentes alternatives en article 5 du projet en Annexe traduisent la diversité des avis exprimés. Outre le compte rendu de la discussion, peuvent être mentionnés les éléments suivants :

Les alternatives 2, 3 et 4 indiquent, outre d'autres règles, le droit pour les parties de choisir une loi applicable à la validité (matérielle) de leur accord d'élection de for.

Des cinq alternatives, seule l'alternative 3 soumet la validité – en l'absence d'un choix de loi par les parties – au droit interne de la juridiction **choisie**. Toutes les autres alternatives mènent en fin de compte à la loi (y compris le droit international privé) de la juridiction saisie. S'il n'y a pas à cet égard de différence de politique entre la 2^{ème} phrase de l'alternative 2, la 2^{ème} phrase de l'alternative 4, et l'alternative 5, leur formulation diverge. Les alternatives 4 et 5 suivent l'exemple de l'article II(3) de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, alors que l'alternative 2 utilise une terminologie commune aux Conventions de La Haye.

E. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (PI)

Lors de sa première réunion, le groupe avait proposé, à titre provisoire, l'inclusion des droits d'auteur mais l'exclusion des brevets, marques (déposées ou non), et autres droits de propriété industrielle déposés d'une éventuelle règle sur les clauses d'élection de for, ainsi que la consultation des parties intéressées à cet égard²². Au cours de la deuxième réunion, un rapport d'un Etat membre relatif au résultat de consultations réalisées sur cette question a été reçu. Dans cet Etat, il a été exprimé le souhait d'inclure non seulement les droits d'auteur, mais tous les droits de PI dans le champ d'application d'une convention limitée aux clauses d'élection de for. Il a été souligné que, lorsqu'il y a un accord d'élection de for entre les parties, il serait normalement intégré à un contrat de licence. Les décisions de cet ordre prises par des commerçants devraient être respectées et renforcées par une convention internationale, ainsi qu'elles le sont déjà lorsque les parties choisissent l'arbitrage, et le résultat devrait s'appliquer uniquement *inter partes*. Les « affaires de pure piraterie » (c'est à dire, où un contrefacteur contrefait un droit de PI d'un titulaire avec lequel il n'a aucune relation contractuelle, dans le domaine purement délictuel) seraient exclues du champ d'application d'une règle sur les clauses d'élection de for. Le problème identifié lors des négociations de 2001 relatif à la disposition sur les délits (à savoir que dans la plupart des affaires de contrefaçon, l'invalidité est utilisée en défense ou, si le droit procédural national le requiert, à titre reconventionnel, alors que la validité est soumise à une compétence exclusive en vertu de la convention), a été jugé peu susceptible de se poser dans le contentieux des contrats (licences). Si cela est jugé nécessaire pour répondre à certaines préoccupations, il pourrait être explicité que tout jugement rendu sur la base d'une clause d'élection de for n'aurait aucun effet sur les autorités chargées de l'enregistrement ou, dans le cas d'une marque non déposée, sur la validité de la marque en tant que telle.

D'autres participants, dans leurs observations liminaires, ont indiqué que ce dernier point devrait effectivement être explicité dans la convention (et pas seulement dans le Rapport), s'il était décidé d'inclure tout le contentieux des licences de PI. En outre, dans la mesure où les demandes en validité seraient exclues du champ d'application de la convention, les conséquences possibles si la question de la validité était soulevée dans le contentieux des licences étaient toujours pas explicité. Il a été redouté que les défendeurs puissent chercher à éviter un jugement au fond rendu dans le for choisi **en vertu de la Convention** en soulevant une exception d'invalidité, à moins que ceci ne soit explicité.

Les participants sont convenus de poursuivre les consultations sur cette question.

²¹ Voir article 5(2), alternatives 2 à 4 (phrase première) dans le projet joint en Annexe au présent Rapport.

²² Voir p. 12 du Doc. pré-l. No 20.

III. AUTRES CHEFS DE COMPÉTENCE ÉVENTUELS À INCLURE DANS LA CONVENTION

Conformément au mandat conféré au groupe de travail informel par la Commission sur les Affaires générales en avril 2002, le groupe a débattu, lors de sa deuxième réunion, de quelques autres chefs de compétence éventuels à ajouter à une Convention, identifiés par la Commission sur les Affaires générales. Se fondant sur le Document préliminaire No 19, le groupe a examiné d'éventuelles règles en matière de consentement / renonciation / soumission, demandes reconventionnelles, et for du défendeur.

A. CONSENTEMENT / RENONCIATION / SOUMISSION (ARTICLE 9)

L'avant-projet de 1999 comportait la règle suivante :

« Article 5 Comparution du défendeur

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

Par la suite, des préoccupations ont été exprimées selon lesquelles, dans une convention mixte, une telle disposition favoriserait le contentieux. Dans les affaires où il existe une compétence en droit national mais pas en vertu d'autres dispositions de la Convention, un défendeur ne disposant de biens à l'encontre desquels un jugement pourrait être exécuté que dans d'autres Etats contractants mais pas dans l'Etat de la juridiction saisie serait obligé de contester la compétence. Sans quoi, la compétence en vertu de la Convention serait établie par l'article 5, ce qui permettrait la reconnaissance et l'exécution du jugement en vertu de la Convention dans d'autres Etats contractants²³. Cela a conduit à la suppression de l'article 5 et l'inclusion du projet d'article 4(3) dans le Texte de 2001 :

« Article 4

[...]

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

L'objectif était de conserver une règle évitant les problèmes pouvant être liés à la solution antérieure tout en conservant certains de ses avantages (notamment protéger l'autonomie des parties en cas d'accord d'élection de for conclu en cours de procédure).

Quelques membres du groupe informel auraient préféré une vraie règle de soumission telle que l'article 5 (1999), alors que d'autres y étaient strictement opposés. Certains participants ont proposé la suppression même de l'article 4(3) (2001), jugé ne rien ajouter, à la règle générale en article 4(1) du Texte de 2001.

Les tenants de la conservation de l'article 5 (1999) ont fait valoir que ceci ne développerait pas le contentieux. Le défendeur devrait simplement déclarer son opposition dans des conclusions au tribunal. La compétence serait alors fondée sur le droit national, et le jugement ne serait pas susceptible d'exécution en vertu de la Convention. La plupart des participants ont cependant opposé que leurs juridictions ne déclareraient pas, dans la décision, le chef de compétence appliqué, et même si un chef de droit national était mentionné, l'opposition du défendeur à la compétence en vertu de la Convention avait peu de chances d'être enregistrée dans le jugement. La proposition de contraindre les juridictions à indiquer le chef de compétence a été rejetée comme ayant une portée excessive et une nature trop bureaucratique.

En définitive, il semble que la plupart des membres du groupe a cependant considéré « l'élection de for en cours de procédure » matérialisée par l'article 4(3) (2001) comme un point de départ utilisable. Pourtant, la discussion qui a suivi a fait apparaître une autre question concernant la soumission, à savoir l'exigence de forme.

²³ Voir Doc. prélim. No 11, p. 46 ; note 152 au Texte provisoire de 2001.

Initialement considérée comme une simple question de rédaction, il a été rappelé que, si l'article 4(3) (2001) était conservé, la référence à « par écrit » devrait être alignée avec l'article 4(2)²⁴, créant ainsi une norme de forme autonome dans la convention applicable également à la soumission pour l'apparition d'un accord en cours de procédure. D'autres ont jugé que ceci était superflu, au moins dans la version anglaise, du fait que l'exigence que la soumission se fasse « before the court », selon la formulation de l'article 4(3) du Texte provisoire en anglais, a semblé suffisante comme exigence de forme, tant que la soumission était exprimée conformément au droit procédural de cet Etat. En ce qui concerne le texte français de l'article 4(3) (2001), une modification serait nécessaire en tout cas afin de refléter ces idées.

Ceci suggère que, si la référence à « par écrit » était supprimée, un « accord devant le tribunal en cours de procédure », tel que le prévoit l'article 4(3) du Texte provisoire dans sa version anglaise, ne serait ni plus ni moins qu'une nouvelle option pour la forme d'un tel accord outre l'article 4(2). Si le tribunal n'est pas impliqué dans la conclusion de l'accord, l'une des exigences de forme en article 4(2) devra être remplie, et si cet accord est survenu « devant le tribunal », l'accord relève de l'article 4(3) et doit se conformer aux exigences du droit national. Le projet d'article 9 en Annexe propose une formulation permettant d'explicitier que cela nécessite une certaine implication du tribunal.

Etant donnés les avis assez opposés exprimés antérieurement au sein du groupe quant à savoir si la Convention devait interdire non seulement les exigences de forme nationales plus strictes mais également celles moins strictes pour les accords d'élection de for, il reste de savoir si cette référence au droit national et à ses normes sur la forme est acceptable dans cette situation particulière d'un accord d'élection de for conclu devant le tribunal. Si cela n'était pas souhaité et que l'on préférerait une norme autonome de forme dans la convention également pour ces affaires d'acceptation, la référence à « par écrit » devrait être conservée et alignée avec les exigences de l'article 4(2).

Que cette règle de soumission ajoutait quoi que ce soit à la règle de compétence désormais matérialisée en article 6(1) de l'Annexe, à part l'autorisation accordée aux exigences de droit national de revenir en scène, dépendra cependant de la nécessité pour toutes les limites qui pourraient être convenues pour les clauses d'élection de for (par exemple, élément international, exigence de rattachement) de s'appliquer également à la soumission. Sur cette question, les avis étaient partagés.

B. DEMANDES RECONVENTIONNELLES

A la suite de la demande de la Commission sur les Affaires générales, le groupe a examiné si une règle sur les demandes reconventionnelles, éventuellement sur le modèle de l'article 15 du Texte provisoire, pouvait être ajoutée à la Convention.

1. VALEUR AJOUTÉE ÉVENTUELLE D'UNE RÈGLE SUR LES DEMANDES RECONVENTIONNELLES EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

Un différend est couvert par une clause d'élection de for en vertu de l'article 4(1) du Texte provisoire s'il est « né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé » que les parties sont convenues de soumettre à la juridiction choisie. La même formulation est utilisée en article 6(1) de l'Annexe.

²⁴ Voir déjà note 26 au Texte provisoire de 2001.

L'article 15 du Texte provisoire de 2001²⁵ dispose qu'un tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande en vertu des dispositions de la Convention est également compétent pour connaître « d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée ».

Le groupe a noté que ces deux règles nécessitaient un lien. Si les parties avaient présenté une demande « née ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé » à la juridiction choisie, et qu'une demande reconventionnelle résultait « de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire » est fondée, ce lien semblait suggérer que la demande reconventionnelle en tant que telle serait déjà couverte par la règle sur les clauses d'élection de for. Une règle supplémentaire sur les demandes reconventionnelles sur le modèle de l'article 15 du Texte provisoire de 2001 n'ajouterait donc rien à une Convention limitée aux clauses d'élection de for.

Cependant, au cours de la discussion, des situations ont été identifiées dans lesquelles une règle sur les demandes reconventionnelles ajouterait quelque chose. Les avis étaient partagés quant à l'opportunité de cet effet.

Même une règle limitée sur les demandes reconventionnelles telle que l'article 15 du Texte provisoire, qui exigeait un lien, ajouterait quelque chose si les clauses d'élection de for des types (4), (5), et (6) décrits ci-dessus²⁶ étaient incluses dans la Convention. Lorsqu'une partie a saisi un for qui n'est accessible qu'à cette partie et non à l'autre, seule une règle sur les demandes reconventionnelles permettrait à l'autre d'engager une demande reconventionnelle en vertu de la Convention devant ce for. Si certains participants ont jugé que cela devrait être possible, d'autres étaient en désaccord parce qu'une telle règle reviendrait à circonvenir la clause d'élection de for qui, intentionnellement, n'avait pas ouvert ce for à la partie en cause.

2. RAPPORT AVEC LA COMPENSATION ET POSSIBILITÉ D'ÉTENDRE UNE RÈGLE SUR LES DEMANDES RECONVENTIONNELLES AUX DEMANDES SANS LIEN AVEC LA DEMANDE PRINCIPALE

Une autre question était de savoir s'il était souhaitable d'étendre la règle sur les demandes reconventionnelles aux demandes sans lien.

Un débat s'est développé sur la compensation et les demandes reconventionnelles. Il s'est fondé sur l'idée que, nonobstant les différences existantes entre lois nationales à cet égard, une compensation signifie généralement que le défendeur à l'encontre duquel une demande (généralement pécuniaire) est présentée se défend avec une réclamation de même nature (par exemple, également pécuniaire) dont il prétend disposer à l'encontre du demandeur. Si la défense prospère, le montant est déduit de celui réclamé par le demandeur. En d'autres termes, une compensation permet au défendeur de se défendre d'une demande pécuniaire au moyen d'une autre demande pécuniaire à concurrence du montant réclamé par le demandeur dans la demande principale. Si le montant soulevé à titre d'exception de compensation est supérieur à celui réclamé par le demandeur, le jugement rejettera simplement la demande du demandeur sans accorder au défendeur un titre permettant de recouvrer l'excédent auprès du demandeur. Un titre autonome, dans la plupart des

²⁵ L'article 15 du Texte provisoire de 2001 est formulé de la manière suivante :

« 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[, sauf si le tribunal n'a pas la compétence à raison de la matière pour connaître de la demande reconventionnelle]. » Il faut noter qu'il y a une différence entre les versions anglaise et française des parties entre crochets, à la fin de l'article 15 ; alors que le texte français renvoie à un manque de compétence *ratione materiae* qui n'apparaît pas dans le texte anglais, celui-ci ne fait pas référence aux demandeur local et droit interne, mentionnés dans le texte français.

²⁶ Voir p. 5 du présent Rapport.

systèmes de droit, ne peut être obtenu par le défendeur au principal qu'en déposant une demande reconventionnelle²⁷.

Quelques participants ont exprimé une préoccupation quant à la possibilité même d'une exception de compensation qui pourrait étendre le champ d'application matériel de la Convention. Lorsque les systèmes de droit nationaux n'exigent pas de lien entre la demande principale et la demande soulevée à titre d'exception de compensation, celle-ci peut être basée sur des faits quelconques même dépourvus de tout lien avec les faits sur lesquels se fonde la demande principale (par exemple, un délit sans rapport avec le contrat comportant la clause d'élection de for)²⁸. Certains participants ont jugé cela inopportun et ont souhaité limiter le droit à compensation au même rapport de droit, alors que la plupart d'entre eux ont jugé qu'une exception de compensation devrait toujours être ouverte.

Parmi les tenants de ce dernier point de vue, certains ont pensé que même la possibilité illimitée d'une exception de compensation n'était pas suffisante si la demande soulevée à titre d'exception de compensation était supérieure à la demande principale. Ils ont indiqué qu'en pareil cas, même en l'absence d'un lien entre les deux demandes, et si la demande en compensation ne relevait donc pas de la clause d'élection de for, le défendeur devrait pouvoir présenter une demande reconventionnelle lui permettant de faire exécuter le montant en excédent à l'encontre du demandeur en vertu de la Convention.

D'autres participants ont encore objecté que cela élargirait trop le champ d'application. Le fait qu'une demande reconventionnelle sans lien pourrait avoir sa propre clause d'élection de for qui devrait être respectée présentait un autre problème. Ces participants ont rappelé que, même si aucune règle sur les demandes reconventionnelles sans lien n'était incluse dans la Convention, le droit national prévoirait probablement une compétence en matière de demandes reconventionnelles dans certains cas. Ceci ne serait pas interdit par la Convention. La reconnaissance et l'exécution du jugement relatif à la demande reconventionnelle dépendraient alors du droit national.

C. FOR DU DÉFENDEUR

Le groupe de travail informel a discuté de la possibilité d'ajouter à la Convention une règle sur un for général du défendeur à l'égard duquel quelques participants ont émis un vif souhait. A titre de point de départ, l'article 3 du Texte provisoire de 2001 a été examiné.

Il a été souligné qu'en 2001, aucune objection précise n'avait été soulevée contre l'inclusion d'un for général du défendeur. Cependant, aucun consensus relatif aux détails n'avait été atteint²⁹. Le groupe a débattu de la question en détail afin de se conformer à son mandat et de rendre compte de la possibilité d'ajouter d'autres chefs de compétence aux Etats membres et à la Commission I.

Les difficultés identifiées, même si la Convention dans son ensemble était limitée aux affaires entre professionnels, ont notamment été les suivantes :

- (1) L'ajout de tout autre chef de compétence au-delà des clauses exclusives d'élection de for rendrait la structure plus complexe et nécessiterait une règle permettant de traiter les procédures parallèles (problème de litispendance / *forum non conveniens*), et si les intervenants sont restés d'avis que les articles 21 et 22 des projets de 1999/2001 sont des réussites importantes permettant un consensus, ils se sont demandé si l'inconvénient tenant à la complication supplémentaire de

²⁷ Les lois nationales comportent également des règles supplémentaires quant aux situations où une certaine défense peut être présentée à titre incident dans la procédure principale, et dans quelles situations elle doit être présentée à titre reconventionnel. Il en est de ce dernier cas, p.ex., dans les affaires de brevet dans certains pays, où une défense d'invalidité doit être présentée à titre reconventionnel. La question a été soulevée concernant l'effet d'une règle sur les demandes reconventionnelles dans la Convention si les brevets et marques étaient inclus.

²⁸ Une autre question qui se pose dans le contexte d'une compensation est celle de la possibilité de soulever, à titre d'exception de compensation devant une juridiction autre que la juridiction choisie, une demande relevant d'une clause d'élection de for exclusive.

²⁹ Voir la note 16, ainsi que les parties entre crochets de l'article 3 du Texte provisoire de 2001.

l'inclusion d'une telle règle n'était pas supérieur à l'avantage d'un chef de

compétence supplémentaire. Le besoin d'une règle sur les procédures parallèles a semblé particulièrement pressant dans les affaires entre professionnels où, en vertu de la règle Conventionnelle en article 3(3) du Texte provisoire de 2001, l'équivalent de la « résidence habituelle » pour les personnes physiques pourrait aller jusqu'à créer quatre fors généraux du défendeur différents pour une entité ou personne autre qu'une personne physique.

- (2) Si une règle sur le for du défendeur était incluse, la Convention ne serait plus limitée aux affaires d'autonomie des parties. Cela signifierait que les conflits entre les règles nationales de compétence exclusive et les chefs de la Convention, qui seraient à trancher par la Convention, se multiplieraient.
- (3) L'ajout d'un for général du défendeur donnerait probablement lieu à la demande par certains Etats d'une liste noire de chefs de compétence interdits³⁰, sur laquelle il n'a pas semblé possible de parvenir à un consensus. Il en a été de même de la bilatéralisation, qui permettrait aux Etats contractants de sélectionner leurs partenaires parmi les autres Etats contractants.
- (4) La question des demandes délictuelles, notamment, engagées dans le for général du défendeur, donnerait lieu à des difficultés supplémentaires.

Il a été convenu que ces problèmes devraient être résolus indépendamment du concept retenu pour un for général du défendeur. Cependant, si un certain soutien a été exprimé pour la « résidence habituelle », et que personne n'a expressément appuyé le « domicile » ou la « résidence », les arguments soulevés à l'encontre de la « résidence habituelle » ont été multiples.

- (1) Si la « résidence habituelle » est retenue, le problème de la définition se présente. Le délai requis pour l'établissement d'une résidence principale est fixé principalement par la jurisprudence dans le domaine du droit de la famille, et notamment, des enlèvements d'enfants. Si dans ce domaine, en application de la *Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, le délai nécessaire pour établir une nouvelle résidence habituelle après un enlèvement ou rétention illicite devrait être aussi long que possible, certains participants étaient d'avis qu'aux fins de la présente Convention, un for général du défendeur (permettant à des demandeurs de poursuivre le défendeur pour un motif quelconque, même sans lien avec l'établissement du for général du défendeur) devrait être acquis aussi vite que possible.
- (2) En outre, le choix de la « résidence habituelle » donnerait lieu à des difficultés pour détacher cette règle (ou la Convention dans son ensemble) des instruments européens³¹ parce que, dans ceux-ci, le for général du défendeur est le domicile.

Pour trouver une issue à ce dilemme, il a été proposé de combiner une convention double sur l'élection de for avec une convention simple sur le for du défendeur et éventuellement d'autres chefs. Si, pour la première, la compétence ainsi que la reconnaissance et l'exécution résultant de la compétence en vertu de la Convention étaient réglementées dans un système fermé, il n'y aurait aucune règle de compétence pour les décisions fondées sur d'autres motifs (de droit national) mais, dans une mesure limitée, une possibilité de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention, sous condition que le jugement soit soumis au second contrôle d'une liste noire de chefs indirectement interdits au stade de l'exécution. Si certains ont jugé que ceci permettrait au moins d'éviter le problème des procédures parallèles, d'autres étaient en désaccord et ont mentionné que la plupart des conventions simples en fonctionnement avant l'arrivée des Conventions de Bruxelles et

³⁰ Cette question a été soulevée notamment dans le cas d'un choix de la « résidence », à distinguer, selon certains participants, de la simple présence qui devrait être un chef interdit.

³¹ Cette expression désigne les Conventions sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale de Bruxelles (27 septembre 1968) et de Lugano (16 septembre 1988), ainsi que le Règlement du Conseil No 44/2001 (CE) qui a converti la Convention de Bruxelles en instrument communautaire applicable à tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. La Convention de Bruxelles, cependant, reste applicable entre les 14 Etats membres auxquels le Règlement s'applique, et le Danemark.

Lugano comportaient une règle de litispendance.

Lorsque les avantages éventuels de l'ajout d'un « chapitre de convention simple » ont été mis en balance avec les complications et retards correspondants qui en résulteraient probablement, une préférence a été exprimée au sein du groupe pour une limitation du projet actuel aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels, et peut-être l'examen à une date ultérieure, une fois ce projet achevé, de la possibilité d'un autre projet pour lui donner suite.

IV. TRAVAUX FUTURS

Le groupe tiendra sa prochaine réunion du 25 au 28 mars 2003 à La Haye. Les observations sur le présent Rapport et les questions qui y sont soulevées, ainsi que sur les Documents préliminaires No 19 et 20³² sont les bienvenues et peuvent être soumises à secretariat@hcch.net et/ou à as@hcch.nl. En outre, un certain nombre de questions soulevées dans le présent document ont été adressées directement aux Etats membres de la Conférence de La Haye par la Lettre circulaire L.c. ON No 75(02) du 19 décembre 2002, qui peut être consultée sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse www.hcch.net.

³² Disponibles à < <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html> >.

A N N E X E

[Les Etats signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et l'investissement internationaux au moyen d'une coopération judiciaire améliorée,

Convaincus de ce que cette coopération améliorée nécessite un régime juridique international sûr assurant l'efficacité des accords d'élection de for entre parties à des opérations [professionnelles] [commerciales] et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements survenant à l'occasion de procédures fondées sur de telles conventions,

.....

Ont résolu de conclure la Convention de La Haye suivante sur les Accords d'Election de For pour les Opérations [Professionnelles] [Commerciales] (la « Convention sur les affaires entre professionnels de La Haye »), et sont convenus des dispositions suivantes¹ -]

CHAPITRE I

Article 1 - Champ d'application matériel

1. La présente Convention s'applique :

a) aux accords d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale ;

b) ...

c)...

(...)

2. La Convention ne s'applique pas² :

a) aux contrats de consommation. Un contrat de consommation est une convention entre une personne physique qui agit principalement dans un but personnel, familial ou domestique, le consommateur, et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre deux consommateurs.

b) aux contrats individuels de travail.

¹ Le préambule, et notamment son troisième alinéa, ont été rédigés aux fins d'un accord sur l'élection de for. Il est placé entre crochets, à la fois parce qu'il n'a pas encore été débattu, et parce que la détermination de la portée définitive de la présente Convention ne relève pas du mandat du groupe informel.

² Le groupe a jugé prématuré de faire des propositions sur les exclusions du champ d'application. Cependant, il a décidé d'ajouter la liste d'exclusions pertinentes du champ d'application telles qu'elles figurent en article 1(2) du Texte provisoire de 2001 en note entre crochets, à titre de rappel des éléments à débattre. Si les crochets figurant dans le projet de 2001 sont reproduits ici, les notes ne le sont pas.

[« 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) (...)
- h) les matières maritimes ;
- [i] les entraves à la concurrence (anti-trust) ;]
- [j] la responsabilité en matière nucléaire ;]
- k) (...)
- [l] les droits réels immobiliers ;]
- [m] la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives] »].

ii

c) ...

d) ...

3. La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes, et n'exige pas d'un Etat contractant de reconnaître et exécuter un jugement si l'exercice de la compétence par le tribunal d'origine n'était pas conforme à une convention d'arbitrage.

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'Etat y est partie.

5. La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les Etats souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

Article 2 - *Champ d'application territorial*³

1. Les dispositions [de l'article / des articles 6[,...]]⁴ s'appliquent devant les tribunaux d'un Etat contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat et sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux de cet Etat contractant pour connaître du différend.

2. Il sera donné effet à un accord d'élection de for en vertu de la présente Convention⁵

Alternative 1 à moins que tous les éléments pertinents au différend autres que l'accord d'élection de for ne soient liés à l'Etat où toutes les parties ont leur résidence habituelle.

Alternative 2 uniquement si le rapport entre les parties ou l'objet du différend présente un lien avec un autre Etat, ou est de nature internationale par ailleurs.

3. Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence habituelle dans l'Etat :

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

Article 3 - *Définition*

1. Aux fins de la présente Convention, un accord d'élection de for est un accord par lequel deux ou plusieurs parties désignent, afin de trancher des différends nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé

³ Voir, pour plus de précisions, la discussion en p. 7 du présent Rapport.

⁴ Les articles à ajouter éventuellement dépendent, en définitive, d'autres chefs de compétence à venir ou non, dans la Convention.

⁵ Voir la discussion de l'élément international en p. 7 du présent Rapport.

iii

- les tribunaux d'un pays ou un tribunal particulier à l'exclusion de la compétence de toute autre juridiction[, ou

- les tribunaux d'un certain nombre de pays ou certains tribunaux particuliers, à l'exclusion de la compétence de toute autre juridiction]⁶.

2. Une convention par laquelle les parties ont désigné un tribunal pour connaître de différends entre elles comme prévu au paragraphe 1 sera réputée exclure la compétence de toute autre juridiction sauf accord contraire entre les parties.

Article 4 - Validité formelle

Un accord d'élection de for est valable en la forme [uniquement]⁷ s'il a été conclu :

a) par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

b) oralement et confirmé 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 à l'accord d'élection de for⁸ ; ou

d) conformément à un usage dont les parties à l'accord d'élection de for⁹ avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par des parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

Article 5 - Validité matérielle

1. La Convention ne détermine pas la loi applicable à la capacité [ou au consentement] des parties.

⁶ Bien que l'article 3 soit actuellement limité aux clauses exclusives d'élection de for, il reste à décider si les types (exclusifs) (2) et (6) indiqués en p. 5 du présent Rapport seront également couverts par la Convention. S'il était décidé en outre de couvrir même les clauses d'élection de for non exclusives, d'autres amendements seraient nécessaires. Une règle sur les procédures parallèles (litispendance) serait probablement nécessaire pour tout dépassement du type (1) parmi les clauses énumérées en p. 5 du présent Rapport. Une autre proposition a été d'inclure au moins le type (2) (exclusivité multiple) mais de laisser le traitement des procédures parallèles relever du droit national.

⁷ Le mot « uniquement » a été placé entre crochets parce qu'il n'y a pas encore de consensus relatif à la possibilité d'interdiction, par la règle sur la forme résultant de la Convention, pour les règles nationales moins strictes par rapport à la forme, de créer une compétence grise en vertu du droit national hors de la Convention.

⁸ Le changement de rédaction par rapport à la dernière réunion (de « ces parties » à « les parties à l'accord d'élection de for ») a été effectué afin d'explicitier plus encore le besoin de cette exigence d'être remplie par les parties au cas d'espèce.

⁹ Le changement de rédaction par rapport à la dernière réunion (de « ces parties » à « les parties à l'accord d'élection de for ») a été effectué afin d'explicitier plus encore que cette exigence devait être remplie par les parties au cas d'espèce. Le changement de « les parties à des contrats de même nature » à « des parties à des contrats de même nature » a été effectué afin d'explicitier le contraire, c'est-à-dire que cette expression ne renvoie pas aux parties au cas d'espèce.

2. Sous réserve¹⁰ des dispositions de l'article 4¹¹,

Alternative 1 la présente Convention ne détermine pas la validité de l'accord d'élection de for¹².

Alternative 2 les parties peuvent déterminer le droit applicable à l'accord d'élection de for, y compris la question de la validité de l'accord d'élection de for. A défaut de choix de loi par les parties, la loi de la juridiction **saisie, y compris ses règles de droit international privé**, détermine la validité de l'accord d'élection de for.

Alternative 3 les parties peuvent déterminer le droit applicable à l'accord d'élection de for, y compris la question de la validité de l'accord d'élection de for. A défaut de choix de loi par les parties, la loi **interne** de la juridiction **choisie** détermine la validité de l'accord d'élection de for¹³.

Alternative 4 les parties peuvent déterminer le droit applicable à l'accord d'élection de for. A défaut de choix de loi par les parties, la loi interne de la juridiction saisie détermine si ladit accord est caduque, inopérant ou non susceptible d'être appliqué.

Alternative 5 la loi de la juridiction saisie détermine si ladite Convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

CHAPITRE II

Article 6 - Règle de compétence

1. Si les parties sont convenues dans un accord d'élection de for du tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant qui seront compétents pour connaître de tout différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat contractant seront compétents.

¹⁰ Selon l'alternative choisie pour l'alinéa 2, il sera nécessaire d'examiner si une référence au paragraphe 1 doit être incluse dans l'expression « sous réserve ».

¹¹ Sous leur forme actuelle, les **alternatives 1 à 3** concernent tous les aspects de la validité matérielle, c'est à dire, y compris la capacité, le consentement et la licéité. Une éventuelle **alternative 6** serait de remplacer dans les **alternatives 1 à 3** « la validité de l'accord d'élection de for » par « la question de savoir si une partie a consenti à l'accord d'élection de for ». Ceci aurait l'effet suivant sur les alternatives énumérées ci-dessus : L'actuelle **alternative 1** deviendrait identique au paragraphe 1 tel qu'il est mentionné ci-dessus, avec l'ajout concernant le consentement entre crochets. Elle ne ferait que clarifier le fait que la Convention ne traite pas de la loi applicable à la capacité et au consentement.

Si l'**alternative 2**, 2^{ème} phrase, est ramenée de « validité » à « consentement », la capacité serait traitée au paragraphe 1, et rien ne serait expressément indiqué quant au dernier élément de la validité matérielle, à savoir la licéité. L'effet le plus probable est que la loi de la juridiction saisie, y compris ses règles de droit international privé, sera appliquée. Avec ou sans le remplacement proposé en **alternative 6**, le résultat serait donc le même. La loi de la juridiction saisie, y compris ses règles de droit international privé, régirait tous les aspects de la validité matérielle, c'est à dire consentement, capacité et licéité.

L'**alternative 3**, 2^{ème} phrase, est la seule pour laquelle la réduction du texte de « validité » à « consentement » aurait un effet substantiel. Elle prévoit actuellement que tous les aspects de la validité matérielle (sauf la capacité, voir paragraphe 1) sont régis par le droit interne de la juridiction choisie. Elle **traite donc bien** de la loi applicable au consentement (ce qui exclut alors l'ajout des termes « au consentement » en paragraphe 1). En outre, elle soumet la licéité au droit interne de la juridiction choisie. Remplacer « validité » par « consentement » signifierait que rien ne serait expressément indiqué au sujet du dernier élément de la validité matérielle, à savoir la licéité. Là encore, l'effet le plus probable est que le droit de la juridiction saisie, y compris ses règles de droit international privé, sera appliqué.

¹² L'acceptation de l'**alternative 1** rendrait le paragraphe 1 redondant.

¹³ Cette proposition présentée par certains participants devrait, selon la demande de certains autres participants, inclure également une clause d'injustice manifeste.

2. Si une convention désigne à titre exclusif [un tribunal ou] [les/des] tribunaux d'un Etat contractant, les tribunaux d'autres Etats contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer sauf si [le tribunal ou] les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.

[3. Lorsqu'une convention d'effet exclusif désigne [un tribunal ou] [les/des] tribunaux d'un Etat non contractant, les tribunaux des Etats contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer jusqu'à ce que [le tribunal ou] les tribunaux choisis se soient eux-mêmes déclarés incompétents.]¹⁴

Article 7¹⁵

[Les parties ne peuvent être privées du droit de conclure des accords d'élection de for, ni en général ni au cas d'espèce, sauf pour des motifs d'ordre public.]

[Article 8 - **Procédures parallèles devant deux tribunaux choisis**]¹⁶

Article 9 - **Soumission**¹⁷

[Lorsqu'un tribunal d'un Etat contractant est saisi d'une demande et si et dans la mesure où le défendeur accepte expressément et sous la forme requise par le droit procédural de la loi du tribunal saisi la compétence de ce tribunal, ce tribunal est compétent.]

Article 10 - **Compétence à raison de la matière**

Alternative 1

1. Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence à raison de la matière [ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un Etat contractant].¹⁸

Alternative 2

1. Les parties peuvent, au moyen d'un accord d'élection de for, désigner soit :
 - a) les tribunaux de l'un des Etats contractants, le tribunal compétent particulier étant

¹⁴ Bien qu'il y ait eu un consensus sur cette règle en 2001, des doutes ont été exprimés au sein du groupe quant à savoir s'il était politiquement raisonnable pour les Etats contractants de prendre en charge cette obligation envers les Etats tiers. Si une décision contraire était prise, cela nécessiterait un amendement de l'article 2(1), qui couvre actuellement ces affaires. Si le paragraphe était conservé, il pourrait être fusionné avec le paragraphe 2.

¹⁵ Cet article (et ses rapports avec une éventuelle clause d'ordre public) n'a pas encore été discuté. Il a cependant été proposé de modifier sa rédaction afin de l'orienter sur comment « donner effet à l'accord d'élection de for », au lieu de se concentrer sur le droit des parties de conclure de telles conventions.

¹⁶ Une règle sur les procédures parallèles serait nécessaire (uniquement) dans une Convention limitée aux accords d'élection de for, s'il était décidé d'inclure non seulement les accords d'élection de for désignant à titre exclusif un tribunal unique (ou les tribunaux d'un seul Etat contractant) (type (1) décrit en p. 5 du présent Rapport), mais également tout ou partie des types (2) à (6) qui y sont décrits.

¹⁷ Il n'y a pas eu d'accord concernant l'application de cette règle (1) uniquement aux affaires où il n'y avait pas d'accord d'élection de for antérieur au litige, ou (2) lorsqu'il y avait un accord d'élection de for antérieure au litige sur lequel la soumission prévaudrait, ou (3) aux deux situations.

¹⁸ Cette formulation a été préférée à l'exigence positive « à condition que le tribunal soit compétent à raison de la matière » (ou l'expression similaire telle qu'elle figure en alternative 2 en 1(b)), permettant ainsi de « repêcher » une clause indiquant un tribunal dépourvu de compétence *ratione materiae* par interprétation, dirigeant donc les parties vers le « bon » tribunal de l'Etat contractant qu'elles avaient choisi.

alors déterminé (le cas échéant) selon le ou les systèmes de droit internes de cet Etat, soit

b) un tribunal expressément désigné de l'un des Etats contractants, à condition que ce tribunal soit compétent selon le ou les systèmes de droit internes de cet Etat.

Article 11

Les règles de nature procédurale ne sont pas régies par la présente Convention. Cependant, les Etats ne pourront pas appliquer ces règles de manière discriminatoire dans le cadre de l'application de la présente Convention.

CHAPITRE III

*Article 12 - **Reconnaissance et exécution***

CHAPITRE IV CLAUSES FINALES

*Article 13 - **Limitation de compétence***

Lors de la ratification de la Convention, un Etat pourra déclarer que ses tribunaux pourront refuser de connaître de différends couverts par un accord d'élection de for si, à l'exception de l'accord d'élection de for, il n'existe aucun lien entre cet Etat et les parties ou le différend.

*Article 14 - **Rapport avec d'autres instruments internationaux***