

**Troisième réunion de la Commission spéciale
sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers
du 13 au 17 novembre 2017**

Document	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document de procédure <input type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	No 7 d'octobre 2017
Titre	Convention sur les Jugements : Rapport explicatif préliminaire	
Auteurs	Professeurs Francisco J. Garcimartín Alférez, Universidad Autónoma de Madrid, Espagne, et Geneviève Saumier, McGill University, Canada	
Point de l'ordre du jour		
Mandat(s)		
Objectif		
Mesures à prendre	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour information <input checked="" type="checkbox"/>	
Annexes		
Document(s) connexe(s)		

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE – PRÉFACE	4
DEUXIÈME PARTIE. VUE D'ENSEMBLE – OBJECTIF, ARCHITECTURE ET DESCRIPTION DU PROJET DE CONVENTION.....	4
TROISIÈME PARTIE – COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE.....	5
CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS.....	5
Article premier – Champ d'application.....	5
Paragraphe premier.....	6
Paragraphe 2.....	7
Article 2 – Exclusions du champ d'application.....	8
Paragraphe premier.....	8
Paragraphe 2.....	13
Paragraphe 3.....	13
Paragraphe 4.....	14
Paragraphe 5.....	14
Article 3 – Définitions.....	15
Paragraphe premier.....	15
Paragraphe 2.....	18
CHAPITRE II – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION	19
Article 4 –Dispositions générales.....	19
Paragraphe premier.....	19
Paragraphe 2.....	20
Paragraphe 3.....	21
Paragraphe 4.....	22
Article 5 – Fondements de la reconnaissance et de l'exécution	24
Paragraphe premier.....	24
Alinéa (a)	25
Alinéa (b)	26
Alinéa (c)	27
Alinéa (d)	28
Alinéas (e) et (f).....	29
Alinéa (e)	29
Alinéa (f)	30
Alinéa (g)	34
Alinéa (h)	35
Alinéa (i)	35
Alinéa (j)	36
[Alinéa (k)].....	37
Alinéas (l) et (m).....	40
Alinéa (n)	42
Alinéa (o)	43
Alinéa (p)	45

Paragraphe 2.....	46
Article 6 – Fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution....	48
Alinéa (a)	48
Alinéa (b)	49
Alinéa (c)	50
Article 7 – Refus de reconnaissance et d'exécution.....	51
Paragraphe premier.....	51
Alinéa (a)	51
Alinéa (b)	53
Alinéa (c) – ordre public	54
Alinéa (d)	56
Alinéas (e) et (f).....	57
[Alinéa (g).....	58
Paragraphe 2.....	58
Article 8 – Questions préalables	59
Paragraphe premier.....	60
Paragraphe 2.....	61
Paragraphe 3.....	62
Article 9 – Effets équivalents.....	62
Article 10 – Divisibilité	63
Article 11 – Dommages et intérêts	64
[Article 12 – Réparations non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle].....	66
Article 13 – Transactions judiciaires.....	66
Article 14 – Pièces à produire.....	67
Article 15 – Procédure.....	68
[Article 16 – Frais de procédure].....	70
Article 17 – Reconnaissance ou exécution en application du droit national	71

PREMIÈRE PARTIE – PRÉFACE

[à insérer]

DEUXIÈME PARTIE. VUE D'ENSEMBLE – OBJECTIF, ARCHITECTURE ET DESCRIPTION DU PROJET DE CONVENTION

1. **Objectif.** L'objectif premier de ce projet de Convention est de promouvoir le commerce, les investissements et la mobilité à l'échelle internationale en renforçant la coopération judiciaire. Cette coopération améliorera l'accès à la justice et réduira les coûts et les risques associés aux opérations internationales.
2. Ces objectifs seront promus de diverses manières.
3. Premièrement et avant tout, le projet de Convention garantira la reconnaissance et l'exécution des jugements auxquels il s'applique dans tous les États contractants, ce qui améliorera l'efficacité pratique de ces jugements et assurera l'obtention de mesures satisfaisantes à la partie qui obtient gain de cause. L'accès à la justice est mis en échec si le jugement obtenu par une partie lésée ne peut être exécuté parce que l'autre partie ou ses biens sont dans un autre État, où le jugement n'est pas directement exécutoire.
4. Deuxièmement, il réduira la nécessité de répéter les procédures dans deux États contractants ou plus : un jugement statuant sur une demande dans un État contractant produira ses effets dans les autres États contractants sans qu'il soit nécessaire de rejuger la demande au fond.
5. Troisièmement, il réduira les coûts et les délais de reconnaissance et d'exécution des jugements : l'accès à la justice concrète sera plus rapide et plus économique.
6. Quatrièmement, il améliorera la prévisibilité du droit : il sera plus aisé, pour les particuliers et les entreprises des États contractants, de déterminer les circonstances dans lesquelles les jugements circuleront entre ces États.
7. Cinquièmement, il permettra aux demandeurs d'effectuer des choix plus éclairés quant au lieu d'introduction de l'instance compte tenu de leur capacité à exécuter le jugement résultant dans d'autres États contractants et de l'impératif d'équité à l'égard des défendeurs.
8. Dans un monde globalisé et interconnecté, marqué par la circulation internationale croissante des personnes, des informations et des biens, l'importance pratique de ces objectifs est évidente.
9. **Rapport avec la Convention Élection de for de 2005.** La Convention Élection de for de 2005 poursuivait les mêmes objectifs en permettant aux parties de choisir la juridiction à laquelle soumettre leur demande et en prévoyant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par celle-ci. Cependant, bien souvent, les parties à un litige n'ont pas conclu d'accord d'élection de for. Ce projet de Convention vise à étendre à un plus large ensemble d'affaires les bénéfices d'un accès renforcé à la justice et d'une diminution des coûts et des risques liés aux opérations internationales.
10. **Description.** Le projet de Convention vise à instaurer un système efficace aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, qui permettra la circulation des jugements dans des circonstances qui ne suscitent essentiellement aucune controverse. Il prévoit la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans d'autres États contractants qui satisfont aux exigences énoncées dans une liste de critères de reconnaissance et d'exécution (art. 5) et précise les seuls motifs possibles pour refuser de reconnaître et d'exécuter ces jugements (art. 7). En outre, afin de faciliter la circulation des jugements, le texte ne fait pas obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des jugements dans un État contractant en application de son droit interne ou en vertu d'autres traités (art. 15), sous réserve d'une disposition unique relative aux fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution (art. 6).

11. **Architecture.** Le projet de Convention est divisé en quatre chapitres. Le chapitre premier précise le champ d'application et définit certains termes. Le projet de Convention s'applique aux jugements en matière civile ou commerciale (art. 1). Ce champ d'application est défini plus précisément par l'exclusion de certaines matières (art. 2), soit parce qu'elles sont couvertes par d'autres instruments, soit parce que de manière générale, ce sont des matières sur lesquelles il n'est pas possible de trouver un consensus multilatéral. L'article 3 définit les termes essentiels de « jugement » et de « défendeur » ainsi que la résidence habituelle des personnes morales.

12. Le chapitre II est le cœur du projet de Convention ; son premier article pose le principe général de la circulation des jugements entre les États contractants (art. 4). Le principal critère pour la circulation est prévu à l'article 5, qui énonce les chefs de compétence possibles par rapport auxquels l'État dans lequel la reconnaissance et l'exécution sont demandées doit apprécier le jugement rendu dans l'État d'origine. Ces critères de compétence sont limités par les fondements exclusifs de compétence énumérés à l'article 6. Lorsqu'un jugement satisfait aux exigences des articles 4, 5 et 6, les seuls motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution sont prévus à l'article 7. Cet article dresse la liste exhaustive des motifs de refus qui permettent à l'État requis, mais sans l'y obliger, de refuser la reconnaissance et l'exécution. Il convient de souligner d'emblée que l'article 17 réserve à un État requis le droit de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger en vertu de son droit interne.

13. Les autres dispositions du chapitre II traitent de questions spécifiques dont la résolution dans le projet de Convention facilitera son interprétation et son application : questions préalables (art. 8), effets équivalents (art. 9), divisibilité (art. 10), dommages et intérêts, y compris les dommages et intérêts punitifs (art. 11) et transactions judiciaires (art. 13). Une autre série de dispositions porte sur les particularités procédurales destinées à faciliter l'accès au mécanisme efficace du projet de Convention : pièces à produire (art. 14), procédure (art. 15) et frais de procédure (art. 16).

14. Le chapitre III regroupe les clauses générales : disposition transitoire (art. 18), dispense de légalisation (art. 19), déclarations autorisées (art. 20 à 22), interprétation uniforme (art. 23), systèmes juridiques non unifiés (art. 25) et rapport avec d'autres instruments (art. 26).

15. Le chapitre IV contient les clauses finales portant sur la procédure de ratification (art. 27 à 30), l'entrée en vigueur (art. 31), les modalités des déclarations (art. 32), la dénonciation (art. 33) et les notifications (art. 34).

TROISIÈME PARTIE – COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

Chapitre I – Champ d'application et définitions

Article premier – Champ d'application

16. **Champ d'application.** L'article premier définit le champ d'application du projet de Convention. Le paragraphe premier définit le champ d'application matériel et dispose que le projet de Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des jugements en matière civile ou commerciale. Cette disposition doit être combinée avec l'article 2(1), qui dresse la liste des matières exclues, ainsi qu'avec l'article 21, qui autorise les États contractants (« États »)¹ à faire une déclaration excluant certaines matières du champ d'application du projet de Convention. Le paragraphe 2 définit le champ d'application géographique et territorial ; il dispose que le projet de Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution, dans un État, d'un jugement rendu par un tribunal d'un autre État.

¹ Afin de simplifier le texte, le mot « États » est employé ci-après pour désigner les « États contractants ». La distinction entre États contractants et États non contractants n'est opérée que lorsqu'elle est pertinente.

Paragraphe premier

17. **Matière civile ou commerciale.** Le projet de Convention s'applique aux jugements en matière civile ou commerciale ; il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. La qualification civile ou commerciale de la matière d'un jugement est déterminée par la nature de la demande ou de l'action qui fait l'objet du jugement et non nécessairement (i) par la nature du tribunal de l'État d'origine (ii) ou par le seul fait qu'un État était partie à la procédure. Par conséquent :

18. Le projet de Convention s'applique quelle que soit la nature de la juridiction, c'est-à-dire que l'action (civile ou commerciale) ait été introduite devant une juridiction civile, pénale, administrative ou du travail². Il s'applique ainsi, par exemple, aux jugements portant sur des demandes civiles introduites devant un tribunal pénal lorsque celui-ci était compétent en vertu de son droit procédural pour connaître de l'action sur laquelle le jugement civil a été rendu.

19. Le projet de Convention s'applique en outre indépendamment de la qualité des parties, personnes physiques ou morales, publiques ou privées. Comme l'indique l'article 2(4), un jugement n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention du *seul fait qu'un État*, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, était partie au litige dans l'État d'origine (voir, *infra*, commentaire de l'article 2(4)).

20. En outre, la qualification d'une action n'est pas modifiée du *seul fait* que la demande est transférée à une autre personne, que ce soit par cession, par succession ou parce que l'obligation est reprise par une autre personne. Autrement dit, si un organisme privé transférait une demande à un État, à un gouvernement ou à une agence gouvernementale, sa qualification civile ou commerciale ne serait pas écartée. Il en va de même dans les cas de subrogation, c'est-à-dire lorsqu'une agence gouvernementale est subrogée dans les droits d'une personne de droit privé.

21. **Sens autonome.** Bien que la qualification de la matière, civile ou commerciale, sur laquelle porte un jugement soit exclusivement opérée par les tribunaux de l'État requis, ceux-ci doivent suivre une qualification autonome. La notion de « matière civile ou commerciale », comme d'autres notions juridiques employées dans le projet de Convention, doit être définie de manière autonome, c'est-à-dire par référence, non pas au droit interne, mais aux objectifs du projet de Convention et à son caractère international³. L'interprétation et l'application uniformes du projet de Convention (voir, *infra*, art. 23) sont ainsi garanties. En outre, ces termes doivent être interprétés de manière homogène avec les autres instruments de La Haye, notamment la Convention Élection de for de 2005.

22. **Distinction entre matière civile et matière commerciale.** La différence entre la matière « civile » et la matière « commerciale » vise à inclure les systèmes juridiques dans lesquels les catégories de « civile » et « commerciale » sont considérées comme distinctes et mutuellement exclusives. L'emploi de ces deux termes peut être utile pour ces systèmes juridiques et n'a pas pour objet de nuire aux systèmes dans lesquels les procédures commerciales sont un sous-ensemble des procédures civiles⁴. Bien que d'autres instruments internationaux emploient les termes « matière civile et commerciale »⁵, le projet de Convention

² « Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar », Doc. prélim. No 11 d'août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001 (ci-après, le « Rapport Nygh/Pocar »), para. 27. Voir *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 191 à 313. « Note sur l'article 1(1) de l'avant-projet de Convention de 2016 et l'expression « matière civile et commerciale », établi par les co-Rapporteurs du projet de Convention et le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 4 de décembre 2016 à l'attention de la Commission spéciale de février 2017 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, « Doc. prélim. No 4 »), para. 6.

³ Rapport Nygh/Pocar, para. 27 ; « Rapport explicatif de Trevor Hartley et Masato Dogauchi » (ci-après, « Rapport Hartley/Dogauchi »), para. 49. Voir *Actes et documents de la Vingtième session*, tome III, *Élection de for*, Anvers/Oxford/Portland, 2010, p. 785 à 863 ; Doc. prélim. No 4, para. 5.

⁴ Rapport Nygh/Pocar, para. 23 à 26 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49.

⁵ Voir 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 (ci-après, « Règlement Bruxelles I »), art. 1^{er}.

suit la Convention Élection de for de 2005 et évoque la « matière civile ou commerciale ». En tout état de cause, les deux solutions doivent être considérées comme interchangeables.

23. **Distinction entre matière civile ou commerciale et droit public.** La notion de « matière civile ou commerciale » est employée par opposition au droit public ou au droit pénal, dans lesquels l'État agit en sa qualité souveraine⁶. Pour préciser cette idée, contrairement à la Convention Élection de for de 2005, l'article 1(1) du projet de Convention ajoute qu'elle ne recouvre « [...] notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives ». Cette énumération n'est pas exhaustive et comprend d'autres matières de droit public telles que la matière constitutionnelle, mais elle facilite l'application de l'instrument dans les États qui n'opèrent pas la distinction entre droit public et droit privé⁷.

24. La question fondamentale qui permet de qualifier une matière de « civile ou commerciale » est celle de savoir si une des parties exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les personnes ordinaires⁸. Dès lors, pour établir si le jugement rendu concerne une matière civile ou commerciale, il y a lieu de déterminer la relation juridique entre les parties au litige et d'examiner le fondement juridique de l'action introduite devant le tribunal d'origine. Si cette action découle de l'exercice de prérogatives (ou d'obligations) de puissance publique, le projet de Convention ne s'applique pas. Une manifestation type de ces prérogatives est la capacité à faire valoir des droits par une procédure administrative d'exécution sans qu'aucune action judiciaire soit nécessaire. Ainsi, par exemple, le projet de Convention ne s'applique pas aux ordonnances d'exécution introduites par des gouvernements ou des agences gouvernementales comme les autorités de la concurrence ou les autorités de surveillance financière afin de faire respecter des exigences réglementaires ou de prévenir des infractions⁹. Il ne s'applique pas non plus aux jugements portant sur des actions introduites pour exécuter ou faire appel de ces ordonnances.

25. Inversement, le projet de Convention s'applique si aucune des parties n'agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il s'applique ainsi, par exemple, aux demandes privées au titre de préjudices causés par un comportement anticoncurrentiel¹⁰. De même, il s'applique aussi lorsqu'une agence gouvernementale agit pour le compte de parties privées, comme des consommateurs ou des investisseurs, sans exercer de pouvoir ou de privilèges extraordinaires (voir, *infra*, commentaire de l'art. 2(4)).

26. **Actions jointes.** Lorsqu'un jugement a statué sur deux actions dont l'une seulement est de nature « civile ou commerciale », le principe de la divisibilité s'applique (voir, *infra*, art. 10) ; le projet de Convention ne s'appliquera qu'à l'action « civile ou commerciale » et non à la seconde. Dans certains cas, la matière de droit public peut être soulevée à titre préalable et non à titre principal, par exemple, une action privée en dommages et intérêts fondée sur une décision d'infraction rendue par une autorité de la concurrence. Le projet de Convention s'applique également dans ces affaires (voir, *infra*, art. 2(4) et art. 8(1) et (2)).

Paragraphe 2

27. **Champ d'application territorial.** Le paragraphe 2 de l'article premier définit le champ d'application géographique et territorial du projet de Convention : celui-ci s'applique à la reconnaissance et à l'exécution, dans un État, d'un jugement rendu par un tribunal d'un autre État. Autrement dit, l'État d'origine et l'État requis doivent être tous deux parties au projet de Convention. L'État d'origine est celui dans lequel est situé le tribunal qui prononce le jugement et l'État requis est celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution de ce jugement sont

⁶ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

⁷ Voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 23 : Les termes « civile et commerciale » « [...] ne sont pas des termes de l'art dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni ou la République d'Irlande, et [...] peuvent être interprétés de plusieurs manières. Dans le sens le plus large, seules sont exclues les questions de droit pénal. Dans cette interprétation, sont en revanche incluses les questions de droit constitutionnel, de droit administratif, de droit fiscal, qui relèvent de la "matière civile". 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". » (notes omises) Cette précision n'a pas été jugée nécessaire dans la Convention Élection de for de 2005 ; voir Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49, note 73.

⁸ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 85 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

⁹ Doc. pré-l. No 4, para. 41.

¹⁰ *Ibid.*

demandées (art. 4(1)). Cette disposition doit être combinée avec les articles 22 (« Déclarations relatives aux tribunaux communs », *infra*) et 28 (« Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés », *infra*).

28. **Moment à considérer.** La date à considérer est celle de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine : l'État requis et l'État d'origine doivent tous deux avoir été parties au projet de Convention à ce moment-là (voir, *infra*, art. 18). Dans le cas contraire, le projet de Convention ne s'applique pas.

29. **Définition du moment de l'introduction de l'instance.** Bien que le projet de Convention mentionne le « moment de l'introduction de l'instance » dans certaines dispositions (par ex. art. 5(1)(n), 18 ou 32(5) ; l'art. 7(2)(a) évoque le moment auquel le tribunal « a été saisi »), il ne définit pas ces termes. L'introduction d'une instance implique qu'ait été accompli le premier acte de procédure qui marque le début de l'instance dans l'État correspondant, par exemple, le dépôt de l'acte introductif d'instance au tribunal ou, si cet acte doit être notifié avant d'être déposé au tribunal, la réception de la notification par l'autorité responsable¹¹.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

30. **Introduction.** L'article 2 complète la disposition relative au champ d'application matériel du projet de Convention exposé à l'article 1(1). Premièrement, il exclut certaines matières du champ d'application en dépit de leur nature civile ou commerciale (para. 1). Deuxièmement, il indique que le projet de Convention s'applique même si une matière exclue du champ d'application a été soulevée à titre préalable dans le cadre de la procédure dans l'État d'origine (para. 2). Troisièmement, il contient une disposition spécifique excluant l'arbitrage et les procédures y afférentes du champ d'application du projet de Convention (para. 3). Enfin, il précise que le projet de Convention s'applique même si un État ou un organisme gouvernemental était partie à l'instance dans l'État d'origine, mais que cette application n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales (para. 4 et 5).

Paragraphe premier

31. **Exclusions.** Le paragraphe premier de l'article 2 énumère les matières qui sont exclues du champ d'application du projet de Convention en dépit de leur nature civile ou commerciale. Le paragraphe 2 de la même disposition indique toutefois que ces exclusions ne s'appliquent que lorsqu'une matière figurant dans la liste était l'« objet » du litige et non lorsqu'elle a été soulevée à titre préalable, en particulier dans le cadre d'un moyen de défense (voir, *infra*, para. 51).

32. **Raisonnement.** De manière générale, le motif des exclusions est (i) que ces matières sont déjà régies par d'autres instruments internationaux, en particulier d'autres Conventions de La Haye, et qu'il a été jugé préférable que ces instruments opèrent sans aucune interférence du projet de Convention¹², ou (ii) que ce sont des matières particulièrement sensibles pour de nombreux États et qu'il serait difficile de trouver un accord général sur le traitement que la Convention devrait leur réserver. La plupart des matières figurant dans la liste sont similaires à celles que contient la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005, mais il y a toutefois des différences importantes : le champ d'application du projet de Convention est plus large que celui de la Convention Élection de for de 2005. Ainsi, contrairement à la Convention Élection de for de 2005, le projet de Convention s'applique, entre autres, aux contrats de travail et aux contrats de consommation, aux dommages corporels, aux dommages aux biens corporels, aux droits réels immobiliers et aux baux immobiliers, à la concurrence ou [à la propriété intellectuelle].

¹¹ Voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 264, expliquant les raisons de cette solution dans la règle de litispendance de l'avant-projet de Convention de 1999. [La Commission spéciale devrait étudier l'opportunité d'introduire une règle équivalente dans le projet de Convention ou, tout au moins, de traiter cette question dans le rapport explicatif.]

¹² Rapport Nygh/Pocar, para. 29 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 53.

33. **État et capacité des personnes physiques.** L'alinéa (a) exclut l'état et la capacité des personnes physiques du champ d'application du projet de Convention. Cette exclusion recouvre les jugements de divorce, la séparation de corps, l'annulation du mariage, l'établissement ou la contestation de la filiation, l'adoption, l'émancipation ou l'état et la capacité des mineurs ou des personnes handicapées. Elle couvre aussi les jugements relatifs à la responsabilité parentale, y compris la garde, le droit de visite, la tutelle, la curatelle ou les mesures équivalentes, ainsi que les mesures de protection des enfants ou encore l'administration, la conservation ou la disposition des biens des enfants¹³. Les jugements statuant sur le nom ou la nationalité des personnes physiques sont également couverts par cette exclusion. Les autres matières familiales et les obligations alimentaires sont exclues en vertu des alinéas (b) et (c).

34. **Obligations alimentaires.** L'alinéa (b) exclut les obligations alimentaires du champ d'application du projet de Convention. Cette exclusion recouvre toutes les obligations alimentaires découlant de liens de parenté, de la filiation, du mariage ou d'alliances¹⁴. Étant donné que les obligations alimentaires et les régimes matrimoniaux sont exclus du champ d'application du projet de Convention, il n'est pas nécessaire de délimiter précisément la frontière entre ces deux matières¹⁵.

35. **Autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux.** L'alinéa (c) exclut les régimes matrimoniaux ainsi que les autres droits et obligations découlant du mariage ou de relations similaires du champ d'application du projet de Convention¹⁶. Comme dans la Convention Élection de for de 2005, l'expression « régimes matrimoniaux » comprend les droits particuliers d'un conjoint portant sur la résidence matrimoniale dans certains systèmes juridiques¹⁷. De manière générale, elle couvre les jugements statuant sur des demandes entre les époux – et exceptionnellement avec des tiers – pendant ou après la dissolution de leur mariage qui affectent les droits de propriété découlant de leur relation matrimoniale. Elle comprend les droits d'administration et de disposition des biens appartenant aux époux et les contrats de mariage par lesquels les époux organisent leur régime matrimonial. À l'inverse, les demandes entre époux découlant du droit commun des biens, des contrats ou de la responsabilité délictuelle ne sont pas exclues du champ d'application du projet de Convention¹⁸. L'expression « relations similaires » couvre les relations entre les couples non mariés, telles que les partenariats enregistrés, dans la mesure où elles sont reconnues par la loi¹⁹.

36. **Testaments et successions.** L'alinéa (d) exclut les testaments et les successions du champ d'application du projet de Convention²⁰. L'exclusion concerne les successions à cause de mort et couvre toutes les formes de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, soit opérées volontairement en vertu d'une disposition de biens au décès, soit par succession *ab intestat*. L'emploi du terme « testaments » indique simplement que les matières concernant la forme et la validité matérielle des dispositions au décès sont exclues du projet de Convention²¹. En ce qui concerne les trusts créés par voie testamentaire, les jugements portant sur la validité et l'interprétation du testament instituant le trust sont exclus du projet de Convention. Toutefois, les jugements portant sur les effets, l'administration ou la modification

¹³ Rapport Nygh/Pocar, para. 30, note 16. L'exclusion des matières en vertu de l'alinéa (a) doit être cohérente avec les autres instruments de La Haye, en particulier (i) en ce qui concerne la responsabilité parentale et les mesures de protection des enfants, avec l'art. 3 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* et (ii) en ce qui concerne la protection des adultes, avec l'art. 3 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*. [TBC]

¹⁴ Voir, sur les obligations alimentaires, la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* ou la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*. [TBC]

¹⁵ Rapport Nygh/Pocar, para. 32.

¹⁶ Voir la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*.

¹⁷ Rapport Nygh/Pocar, para. 33 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 55.

¹⁸ Rapport Nygh/Pocar, para. 35.

¹⁹ *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 55.

²⁰ Voir la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions*, la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* (pas encore en vigueur).

²¹ Rapport Nygh/Pocar, para. 36.

du trust entre les personnes qui sont ou étaient parties au trust sont inclus dans le champ d'application du projet de Convention²².

37. Insolvabilité, concordats, résolution d'établissements financiers et matières analogues. L'alinéa (e) exclut l'insolvabilité, les concordats, la résolution des établissements financiers et les matières analogues du champ d'application du projet de Convention. Le terme « insolvabilité » recouvre la faillite des personnes physiques et morales. Il comprend la dissolution ou la liquidation des sociétés intervenant dans le cadre de procédures d'insolvabilité ; à l'inverse, la dissolution ou la liquidation des sociétés intervenant pour d'autres raisons que l'insolvabilité est traitée à l'alinéa (j)²³. Le « concordat » désigne la procédure par laquelle le débiteur peut conclure un accord avec ses créanciers pour restructurer ou réorganiser une société afin d'empêcher sa liquidation. En général, ces accords instituent un moratoire pour le paiement des dettes et en déchargent le débiteur²⁴. Toutefois, les accords purement contractuels – à savoir les accords extrajudiciaires volontaires – ne sont pas couverts par l'exclusion. Le terme « matières analogues » est employé pour couvrir un large éventail d'autres méthodes permettant aux personnes insolubles de retrouver la solvabilité tout en poursuivant leur activité, telles que le chapitre 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis²⁵.

38. L'expression « résolution d'établissements financiers » ne figure pas dans la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005. Il s'agit d'une notion assez récente qui renvoie au cadre juridique instauré dans de nombreux États et territoires sous les auspices du Conseil de stabilité financière (CSF) afin de prévenir la défaillance des établissements financiers. La résolution peut comprendre la liquidation et le remboursement des déposants ; le transfert ou la vente des actifs et des passifs ; la création d'un établissement-relais temporaire et la réduction de valeur des dettes ou leur conversion en actions²⁶. Il est vrai que la plupart de ces mesures n'ont pas la qualification civile ou commerciale, mais administrative, et qu'elles sont de ce fait exclues du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1). Cependant, lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, de nombreuses délégations ont jugé opportun d'introduire une référence explicite à ce nouveau cadre à l'alinéa (e) afin de prévenir toute ambiguïté ou lacune dans le texte²⁷.

39. Les jugements sont exclus du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'alinéa (e) s'ils concernent directement l'insolvabilité²⁸. Pour que cette exclusion s'applique, il y a lieu de déterminer si le droit ou l'obligation qui constituait le fondement juridique de l'action dans l'État d'origine trouvait sa source dans les règles de droit commun du droit civil ou du droit commercial ou dans les règles particulières des procédures d'insolvabilité. Si l'action découle de ces dernières, l'exclusion fera obstacle à la circulation du jugement en vertu du projet de Convention, alors que si elle découle des premières, le jugement pourra circuler (toutefois, voir *infra*, para. 41). Pour déterminer si le jugement était fondé sur les règles du droit de l'insolvabilité, les tribunaux de l'État requis peuvent notamment considérer si le jugement a été prononcé à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou après celle-ci, s'il répondait à l'intérêt de la masse des créanciers ou si la procédure dont le jugement est issu n'aurait pas pu être ouverte sans l'insolvabilité du débiteur²⁹. Ainsi, le projet de Convention ne s'applique pas, par exemple, aux jugements d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, à sa conduite et à sa clôture, à l'approbation d'un plan de restructuration par un tribunal, aux jugements écartant les transactions nuisant à la masse des créanciers ou aux jugements portant sur l'ordre de priorité des créances³⁰.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 56.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Rapport Nygh/Pocar, para. 38 et 39 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 56. Certaines procédures nationales peuvent être incluses dans la notion de « concordat » ou dans les « matières analogues » mais puisque tous deux sont exclus du champ d'application du projet de Convention, la question n'est pas pertinente ici.

²⁶ Voir Conseil de stabilité financière, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

²⁷ Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 2, para. 30 à 50.

²⁸ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 57.

²⁹ Voir Doc. trav. No 104 de février 2017, « Proposition de la délégation de l'Union européenne » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)).

³⁰ *Ibid.*

40. Inversement, le projet de Convention s'applique aux jugements portant sur des actions fondées sur le droit commun civil ou commercial, même si elles sont introduites par ou contre une personne agissant en qualité d'administrateur de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité d'une partie. Le projet de Convention s'applique ainsi aux jugements portant sur des actions en exécution d'obligations découlant d'un contrat conclu par le débiteur ou sur des actions en dommages et intérêts fondées sur la responsabilité délictuelle³¹. Exemple : A conclut un contrat de vente avec B. A est ensuite déclaré failli dans l'État X. Le projet de Convention s'appliquera à tout jugement rendu contre B dans le cadre d'une action en exécution du contrat même si celle-ci a été introduite par la personne nommée administrateur de l'insolvabilité dans la faillite de A. De même, il s'appliquera si cette action a été intentée par B contre A agissant par l'intermédiaire de la personne nommée administrateur de l'insolvabilité dans la faillite de A.

41. Notons toutefois que l'application du projet de Convention a un effet limité dans ce dernier type de cas, c'est-à-dire lorsque le débiteur du jugement fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Les procédures d'insolvabilité sont des procédures collectives qui font généralement obstacle à ce que les créanciers fassent individuellement valoir leurs créances au moyen d'actions en exécution distinctes ; s'il en était autrement, il serait impossible de procéder à l'administration et à la liquidation ordonnées du patrimoine ou à la réorganisation du débiteur. Par conséquent, la compétence pour statuer sur le fond d'une créance contractuelle peut être déterminée par les règles de compétence de droit commun, mais si le jugement est favorable à la contrepartie du débiteur insolvable – B dans l'exemple ci-dessus –, son exécution peut être affectée par la procédure d'insolvabilité. De manière générale, l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actions individuelles en exécution n'est pas régi par le projet de Convention. Concrètement, cela implique que le créancier du jugement peut en solliciter la reconnaissance en vertu du projet de Convention dans l'État ou le territoire où la procédure d'insolvabilité est ouverte – l'État X dans l'exemple – mais qu'il n'obtiendra le paiement que dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ou du plan de restructuration. De même, le créancier du jugement peut en demander la reconnaissance et l'exécution dans d'autres États, mais l'exécution peut être affectée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur du jugement.

42. **Transport de passagers et de marchandises.** L'alinéa (f) exclut les contrats de transport national ou international de passagers ou de marchandises, quel que soit le mode de transport – transport maritime, terrestre et aérien ou toute combinaison de ces trois modes³². Le transport international de personnes ou de marchandises fait l'objet de nombreuses Conventions, et cette exclusion évite les conflits entre instruments. En tout état de cause, l'exclusion n'est pas limitée aux contrats commerciaux de transport et elle couvre donc également les contrats de consommation ; le projet de Convention ne s'applique pas, par exemple, à un jugement portant sur le dommage corporel dont est victime un passager blessé dans un accident par suite de la négligence d'un chauffeur de taxi. Inversement, cette exclusion ne couvre pas les préjudices aux tiers tels qu'une victime d'un accident qui n'était pas un passager. Elle ne s'applique pas non plus aux contrats complexes associant des services aux touristes comme le transport et le logement à d'autres services lorsque le transport seul n'est pas le principal objet du contrat.

43. **Matières maritimes.** L'alinéa (g) exclut cinq matières maritimes : la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence. Étant donné que ce domaine est extrêmement spécialisé et que les États n'ont pas tous adopté les instruments internationaux en la matière, la Convention Élection de for de 2005 a introduit cette exclusion, qui a été maintenue dans le projet de Convention. Sous réserve de la limitation de responsabilité, les autres matières maritimes telles que l'assurance maritime, le remorquage et le sauvetage en dehors des cas d'urgence, la construction navale, les hypothèques et les privilèges portant sur des navires entrent dans le champ d'application du projet de Convention³³.

³¹ *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 57.

³² Rapport Hartley/Dogauchi, para. 58.

³³ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 59. Pour une explication de la portée des termes « limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime », voir « Rapport du professeur Dr. P. Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume 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

44. **Dommmages nucléaires.** L'alinéa (h) exclut la responsabilité au titre des dommages nucléaires. En ce qui concerne cette exclusion, l'explication donnée par le Rapport Hartley/Dogauchi peut être suffisante³⁴. La responsabilité pour les dommages nucléaires fait l'objet de diverses conventions internationales qui attribuent à l'État dans lequel s'est produit l'accident nucléaire une compétence exclusive sur les actions en responsabilité qui résultent de l'accident. Dans certains cas, l'article 26 du projet de Convention pourrait donner la priorité à ces instruments par rapport à cette Convention. Cependant, certains États équipés de centrales nucléaires ne sont parties à aucune des conventions sur la responsabilité au titre des dommages nucléaires. Ces États seraient réticents à reconnaître des jugements rendus dans un autre État en vertu d'un des critères énoncés à l'article 5 du projet de Convention puisque, lorsque les opérateurs de centrales nucléaires bénéficient d'une limitation de responsabilité en vertu du droit interne de l'État en question, ou lorsque la réparation des dommages est payée sur des fonds publics, une procédure collective unique dans cet État en vertu de son droit interne serait nécessaire pour obtenir une solution uniforme au regard de la responsabilité et une répartition équitable de fonds limités entre les victimes. Cette exclusion couvre les accidents nucléaires ; elle ne couvre donc pas les demandes en responsabilité délictuelle dans le domaine médical concernant la médecine nucléaire (y compris la radiothérapie, par ex.).

45. **Personnes morales.** L'alinéa (i) exclut la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales ainsi que la validité des décisions de leurs organes. Sont également exclues « les associations entre personnes physiques ou personnes morales », c'est-à-dire les entités non immatriculées dépourvues de personnalité juridique. Ces matières sont souvent soumises à la compétence exclusive de l'État dont la loi s'applique à ces entités afin d'éviter une pluralité de fors dans ce domaine et de garantir la sécurité juridique³⁵. Il a donc été jugé préférable de les exclure du champ d'application du projet de Convention, car les jugements dans ces matières ne sont pas habituellement reconnus et exécutés dans d'autres États³⁶. L'exclusion ne couvre que la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ayant la personnalité morale et des associations ou la validité ou la nullité des décisions de leurs organes, tels que l'assemblée générale des actionnaires ou le conseil d'administration. Elle ne s'étend pas aux autres jugements portant sur des questions de droit des sociétés, tels les jugements relatifs à la responsabilité des administrateurs, à des demandes de paiement de dividendes ou à des demandes de paiement des cotisations des membres. Naturellement, toute matière relevant de la responsabilité contractuelle ou délictuelle qui concerne les activités d'une personne morale demeure dans le champ d'application du projet de Convention.

46. **Validité des inscriptions sur les registres publics.** L'alinéa (j) exclut la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics, y compris les registres fonciers, les registres d'hypothèques et de servitudes et les registres de propriété commerciale ou intellectuelle. Le Rapport Hartley/Dogauchi explique que « [c]ertains pourraient ne pas considérer cela comme une matière civile ou commerciale. Cependant, comme certains instruments internationaux [tels le Règlement de Bruxelles I en son art. 22(3)] prévoient une compétence exclusive à l'égard des procédures dont l'objet est la validité de telles inscriptions, il a été jugé préférable de les exclure expressément afin de lever toute ambiguïté »³⁷. Les registres publics sont tenus par des autorités publiques et impliquent l'exercice de prérogatives de puissance publique ; en général, les actions portant sur la validité des inscriptions doivent être introduites contre l'autorité publique qui tient le registre. Entrent par exemple dans cette catégorie les situations dans lesquelles l'enregistrement est refusé ou modifié par le greffier et le demandeur exerce un recours contre ces décisions. Ce litige implique généralement le demandeur et le greffier. Par conséquent, en principe, les inscriptions sur les registres publics relèveraient de la matière administrative. L'article 2(1)(j) évite simplement toute erreur d'interprétation du projet de Convention.

47. Toutefois, l'exclusion ne s'étend pas aux effets juridiques des inscriptions³⁸. Ainsi, par exemple, l'exclusion ne couvre pas une action contre un tiers, acquéreur d'un immeuble, fondée sur un droit de préemption inscrit au registre foncier. De même, n'est pas exclue non plus une

Cour de justice », *Journal officiel des communautés européennes*, No C 59/71, Luxembourg, 1979 (ci-après, « Rapport Schlosser »), para. 124 à 130.

³⁴ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 64 (notes omises).

³⁵ Rapport Nygh/Pocar, para. 170.

³⁶ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 70.

³⁷ *Ibid.*, para. 82.

³⁸ Rapport Nygh/Pocar, para. 172.

action contre une personne privée fondée sur la nullité du transfert de propriété d'un immeuble, même si la propriété du défendeur est inscrite au registre foncier. Ce jugement ne porte pas sur la « validité de l'inscription » en tant que telle, mais sur la validité du titre de propriété (c.-à-d. le contrat) à l'origine de cette inscription.

48. **Diffamation [et droit à la vie privée].** L'alinéa (k) exclut la diffamation [et le droit à la vie privée] du champ d'application du projet de Convention. La diffamation est une matière sensible pour de nombreux États car elle touche à la liberté d'expression et a, à ce titre, des implications constitutionnelles. L'exclusion couvre la diffamation des personnes physiques et des personnes morales opérée par tout moyen de communication public, comme la presse, la radio, la télévision ou Internet. Elle recouvre les cas de diffamation orale ou écrite (c.-à-d. des informations ou des opinions portant atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne). [Le droit à la vie privée est un domaine voisin...]

49. **Droits de propriété intellectuelle.** [à insérer]

Paragraphe 2

50. **Questions préalables.** Le paragraphe 2 limite l'effet des exclusions du champ d'application du projet de Convention. Il règle la situation dans laquelle le tribunal d'origine a statué sur une question de droit à titre préalable à la décision relative à la demande du demandeur, c'est-à-dire l'objet principal du litige. Exemple : dans une action en contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle (la question principale), le tribunal pourrait avoir à déterminer si le droit de propriété intellectuelle est valable (question préalable) ; dans une action en nullité de contrat pour absence de capacité (question principale), il pourrait avoir à statuer sur la capacité juridique d'un mineur (question préalable) ou, dans une action en paiement de dividendes d'une société (question principale), il pourrait avoir à statuer sur la décision de l'assemblée générale des actionnaires approuvant ce paiement (question préalable).

51. Dans ces circonstances, le paragraphe 2 dispose qu'un jugement n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention lorsqu'une des matières exclues est soulevée seulement à titre préalable et, en particulier, lorsqu'elle est invoquée dans le cadre d'un moyen de défense. L'application du projet de Convention est ainsi déterminée par l'objet de la procédure dans laquelle le jugement a été rendu : s'il entre dans le champ d'application du projet de Convention, comme dans les exemples ci-dessus, cet instrument s'applique. Cette disposition doit être combinée avec l'article 8, qui traite des conséquences des décisions statuant sur des questions préalables (*infra*).

52. Contrairement à la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005 (art. 2(3)), l'article 2(2) du projet de Convention renvoie à toute matière « à laquelle [le projet de] Convention ne s'applique pas ». Il comprend par conséquent toute matière exclue en vertu de l'article 1(1) ou de l'article 2(1), mais aussi l'arbitrage et les procédures y afférentes (art. 2(3)). Ainsi, par exemple, un jugement portant sur une action en dommages et intérêts introduite par une personne de droit privé qui serait fondé sur une décision antérieure d'une autorité de la concurrence (actions de suivi) n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention ; un jugement portant sur une violation de contrat qui méconnaît une clause d'arbitrage n'est pas exclu non plus (voir, toutefois, *infra*, para. 53 à 55).

Paragraphe 3

53. **Arbitrage.** Le projet de Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes. Cette disposition doit être interprétée largement afin d'éviter que le projet de Convention interfère avec l'arbitrage et les conventions internationales sur ce sujet, en particulier la Convention de New York de 1958³⁹. L'exclusion couvre les sentences arbitrales et les décisions de justice relatives à l'arbitrage. Ainsi, le projet de Convention ne s'applique pas, par exemple, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales et des décisions de justice apportant une assistance au processus de l'arbitrage, par exemple, les décisions relatives à la validité de la clause d'arbitrage ; aux ordonnances enjoignant aux parties de procéder à l'arbitrage ou d'interrompre une procédure d'arbitrage ; à l'annulation ou à la

³⁹ Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 84. « Convention de New York de 1958 » : *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958 (ci-après, « Convention de New York de 1958 »).

modification de sentences arbitrales ; à la nomination et à la révocation des arbitres ; à la fixation du lieu de l'arbitrage ; ou au report du délai pour le prononcé d'une sentence⁴⁰.

54. L'exclusion de l'arbitrage couvre également les effets qu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale peut avoir sur les dispositions du projet de Convention, en particulier l'article 4(1), c'est-à-dire l'obligation de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus dans un autre État. Ainsi, l'État requis peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement prononcé dans un autre État si la procédure dans cet État était contraire à une convention d'arbitrage. De même, l'État requis peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement prononcé dans un autre État si celui-ci est incompatible avec une sentence arbitrale.

55. Toutefois, le paragraphe 3 ne couvre pas les autres modes alternatifs de résolution des différends, tels que la conciliation ou la médiation. En conséquence, le fait que la procédure dans le tribunal d'origine ait été contraire à un accord sur un mécanisme alternatif de résolution des différends (alternatif ou antérieur à la procédure judiciaire) ne peut pas être invoqué pour refuser la reconnaissance et l'exécution. Naturellement, le projet de Convention ne s'applique pas à la reconnaissance ou à l'exécution des transactions issues de modes alternatifs de résolution des différends puisqu'elles ne constituent pas des « jugements » au sens de l'article 3(1)(b) du projet de Convention, c'est-à-dire que ce ne sont pas des « décision[s] sur le fond rendue[s] par un tribunal » (voir, *infra*, para. 292).

Paragraphe 4

56. **États et autres organismes gouvernementaux.** Les paragraphes 4 et 5 sont consacrés à l'application du projet de Convention aux différends impliquant des États. Le paragraphe 4 précise que le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, était partie au litige dans l'État d'origine n'exclut pas un jugement du champ d'application du projet de Convention. C'est un corollaire de la définition du champ d'application matériel du projet de Convention donnée à l'article 1(1). Comme il est expliqué plus haut (voir, *supra*, para. 17 et 18), le champ d'application est déterminé par le caractère (civil ou commercial) du différend, indépendamment de la qualité des parties ou des tribunaux. C'est donc une simple règle de clarification.

57. Le projet de Convention s'applique lorsque l'État ou une agence gouvernementale agit en tant que personne privée, c'est-à-dire sans exercer de prérogatives de puissance publique, et aussi bien en qualité de créancier que de débiteur du jugement. À cet égard, le Rapport Nygh/Pocar énonce trois conditions essentielles pour déterminer si l'avant-projet de Convention de 1999 s'applique aux différends impliquant des parties publiques, qui peuvent être également utiles pour l'application du projet de Convention⁴¹ :

- 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.

58. Cela explique que, contrairement au paragraphe 5, cette disposition ne fasse pas expressément référence aux « organisations internationales ». Il est évident qu'en dépit de ce silence, un jugement n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention du seul fait qu'une organisation internationale était partie au litige, dans la mesure où elle agissait en qualité de personne privée, sans exercer de pouvoirs extraordinaires.

Paragraphe 5

59. **Privilèges et immunités.** Le paragraphe 5 est une clause sans effet qui évite une erreur d'interprétation du paragraphe 4⁴². Le fait que le projet de Convention s'applique aux États et aux agences gouvernementales ne signifie pas qu'il porte atteinte à leurs privilèges et

⁴⁰ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 84.

⁴¹ Rapport Nygh/Pocar, para. 43 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

⁴² Rapport Nygh/Pocar, para. 46 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 87.

immunités. L'objet du paragraphe 5 est justement de clarifier cette idée. Cette disposition précise que le projet de Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens. Elle couvre également les privilèges et immunités des agents de l'État, y compris des personnes jouissant de l'immunité diplomatique et consulaire⁴³.

60. Il est vrai qu'en principe, il n'y a pas de chevauchement entre l'article 1(1) et les privilèges et immunités des États ou des organisations internationales. Dans la mesure où ces privilèges et immunités sont habituellement liés à des actes ou omissions commis dans l'exercice du pouvoir de l'État (*acta iure imperii*), le projet de Convention ne s'applique pas. Les actes ou omissions commis par les États dans l'exercice de leur souveraineté ne relèvent pas de la matière civile ou commerciale ; ils sont donc exclus du champ d'application du projet de Convention conformément à l'article 1(1). En conséquence, même si un État renonce à son immunité et se soumet à la compétence du tribunal d'un État étranger, le projet de Convention ne s'appliquera pas à la reconnaissance et à l'exécution du jugement⁴⁴.

61. La solution est différente dans les cas exceptionnels où, conformément aux règles applicables, les immunités des États et des organismes gouvernementaux recouvrent des actes ou omissions pouvant être qualifiés de « matières civiles ou commerciales » en vertu du projet de Convention. Ce peut être le cas, par exemple, si l'immunité couvre une prétention en matière délictuelle à l'encontre d'un organe gouvernemental (un agent diplomatique) découlant d'un *acta iure gestionis*. Dans cette situation, l'article 2(5) du projet de Convention revêt une pertinence d'ordre pratique. En conséquence, si le bénéficiaire renonce à son immunité et se soumet à la compétence du tribunal d'un État étranger, le projet de Convention s'appliquera à la reconnaissance et l'exécution du jugement prononcé⁴⁵.

62. Bien qu'en principe, l'étendue des privilèges et immunités des États ou des agences gouvernementales soit principalement déterminée par le droit international public, cette disposition ne se limite pas à ces immunités et peut donc également couvrir les privilèges et immunités en vertu du droit interne. En outre, l'étendue de ces privilèges et immunités est déterminée par la loi et les normes de l'État requis. Ainsi, un État peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en violation de ses règles internes en matière de privilèges et d'immunités⁴⁶.

Article 3 – Définitions

63. **Définitions.** L'article 3 du projet de Convention définit deux termes, « défendeur » et « jugement » (para. 1) ; il précise également comment déterminer la résidence habituelle des personnes morales (para. 2). L'interprétation et l'application uniformes de la Convention (voir art. 23) sont ainsi garanties.

Paragraphe premier

64. **Défendeur.** Le terme « défendeur » apparaît dans plusieurs dispositions du projet de Convention (art. 5(1)(d), (e), (f), (g), (i), (k), (m), (n), et art. 7(1)(a)). L'alinéa (a) définit le « défendeur » comme la personne contre laquelle la demande ou la demande reconventionnelle a été introduite dans l'État d'origine. Dans le contexte d'une demande reconventionnelle, le terme renvoie donc au demandeur initial⁴⁷ ; dans celui d'un recours contre un tiers, soit une action introduite par le défendeur pour contraindre un tiers à devenir partie à l'instance, il doit être interprété comme renvoyant au tiers contre lequel ce recours est formé.

65. Le « défendeur » et la personne contre laquelle le jugement a été rendu dans l'État d'origine peuvent être différents, car la formulation de l'alinéa (a) mentionne une personne contre laquelle la demande ou la demande reconventionnelle a été *introduite* (et non contre

⁴³ Rapport Nygh/Pocar, para. 46.

⁴⁴ Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 8, para. 59.

⁴⁵ Doc. prélim. No 4, para. 42.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Les termes « plaignant » et « demandeur » sont employés indifféremment dans ce rapport [à insérer dans la préface].

laquelle le jugement a été prononcé). En outre, le « défendeur » et la personne contre laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées dans l'État requis peuvent être également différents. Cette situation peut se produire lorsque la demande est transférée à une autre personne, par cession ou succession, au cours de la procédure dans l'État d'origine ou après le prononcé du jugement, mais avant que la reconnaissance et l'exécution soient demandées.

66. Imaginons, par exemple, qu'une demande est introduite dans l'État d'origine contre la société X. Au cours de la procédure, la société X est absorbée par la société Y (l'acquéreur) et, de ce fait, la première transfère l'ensemble de ses actifs et de ses passifs à la seconde. Dans ce cas, le jugement est rendu contre une personne qui n'est pas le « défendeur » défini par l'alinéa (a). De même, la fusion peut intervenir après le prononcé du jugement dans l'État d'origine, mais avant que sa reconnaissance et son exécution soient demandées dans l'État requis. Dans ce deuxième cas, la personne contre laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées est également différente de la personne contre laquelle la procédure a été introduite dans l'État d'origine. Le projet de Convention est sans préjudice de la validité et de l'efficacité de ces transferts ; par conséquent, le tribunal requis doit accorder la reconnaissance et l'exécution contre l'entité qui lui succède⁴⁸. Il précise néanmoins qu'aux fins de l'application de l'article 5(1)(d) à (g), (i), (k), (m), (n) et de l'article 7(1)(a), la personne considérée est celle contre laquelle la demande ou la demande reconventionnelle a été présentée dans l'État d'origine, c'est-à-dire la société X dans l'exemple (voir aussi, *infra*, para. 114).

67. **Jugement.** Suivant en cela la Convention Élection de for de 2005, l'alinéa (b) définit le « jugement » comme toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance. Il recouvre également la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), à condition qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. Toutefois, les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

68. La définition du jugement comporte deux éléments : le jugement doit être (i) une « décision sur le fond » (ii) rendue par un « tribunal ».

69. **Une décision sur le fond.** Premièrement, le jugement, quelle que soit sa dénomination, y compris un arrêt ou une ordonnance, doit être « une décision sur le fond ». Le terme implique un rôle actif du juge dans un litige civil ou commercial entre les parties, c'est-à-dire une forme ou une autre de procédure judiciaire contentieuse dans laquelle un tribunal rend une décision (sur les transactions judiciaires, voir, *infra*, art. 13). Dans la mesure où il implique une décision sur le fond, il comprend les jugements pécuniaires et non pécuniaires, les jugements rendus par défaut (voir toutefois les art. 7(1) et 14(1)(b)) ou les jugements découlant d'actions collectives. Inversement, les ordonnances de procédure, qui ne sont pas des ordonnances fixant les frais du procès, sont exclues de la définition des jugements⁴⁹. Ainsi, par exemple, les décisions ordonnant la production de documents ou l'audition d'un témoin ne sont pas des jugements aux fins de l'article 3(1)(b) du projet de Convention. Les ordonnances de paiement concernant des demandes pécuniaires non contestées ne sont pas non plus des jugements à cette fin⁵⁰. Enfin, les décisions portant sur la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers ou de sentences arbitrales rendues par le tribunal d'un État contractant ne peuvent pas être reconnues ou exécutées dans un autre État en vertu du projet de Convention (« exequatur sur exequatur ne vaut pas ») ; il en va de même des ordonnances d'exécution telles que les ordonnances de saisie-arrêt sur salaire ou de saisie immobilière.

70. **Jugements non pécuniaires.** Les jugements non pécuniaires, c'est-à-dire les jugements qui ordonnent au débiteur d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte précis, tels que les injonctions, sont souvent exécutés par des sanctions pécuniaires qui « renforcent » le dispositif de la décision. Le jugement ordonne ainsi au défendeur d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte et peut le condamner à payer une somme d'argent afin de l'inciter à

⁴⁸ Cette conclusion suppose que le transfert est valable et effectif en vertu de la loi applicable.

⁴⁹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 116.

⁵⁰ Certains États ont instauré une procédure simplifiée concernant les demandes pécuniaires non contestées. Cette procédure repose sur une ordonnance de paiement initiale, rendue par le tribunal sur la base des informations communiquées par le demandeur, qui donne au défendeur la possibilité de payer le montant octroyé au demandeur ou de faire opposition. Si, dans un certain délai, aucune opposition n'est formée, le tribunal déclare l'ordonnance de paiement exécutoire. Ce dernier jugement entre dans le champ d'application du projet de Convention.

s'exécuter. Ces sanctions pécuniaires sont séparables de la partie du jugement qui contient l'injonction et elles peuvent avoir été prononcées par les tribunaux de l'État d'origine, qui peuvent aussi déterminer le montant final, ou par les tribunaux de l'État requis⁵¹. En outre, dans certains États et territoires, ces sanctions pécuniaires doivent être payées aux tribunaux ou à l'administration fiscale, tandis que dans d'autres, elles doivent être payées au créancier du jugement. Dans le premier cas, elles n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention car elles n'ont pas la qualification de matière civile ou commerciale. Dans le second cas, en principe, elles peuvent entrer dans le champ d'application du projet de Convention si leur objectif est d'indemniser le créancier du jugement de tout retard dans l'exécution de l'injonction. Cependant, l'article 11 peut s'appliquer dans ce cas (voir aussi l'art. 9 en ce qui concerne les jugements non pécuniaires).

[Autre formulation : les astreintes qui accompagnent l'injonction ne sont pas des décisions sur le fond ; par conséquent, elles ne répondent pas à la définition du jugement aux fins du projet de Convention, peu importe qu'elles soient payables à une autorité publique ou au créancier du jugement⁵².]

71. **Décision sur les frais.** La définition de l'alinéa (b) comprend deux autres éléments. D'une part, la fixation des frais du procès par le tribunal, y compris le greffier du tribunal, est aussi un jugement aux fins du projet de Convention à condition qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention (voir aussi, *infra*, art. 16(2)). La fixation des frais peut être incluse dans le même jugement que la décision sur le fond ou dans un jugement à part. Dans les deux cas, la reconnaissance et l'exécution en vertu du projet de Convention sont en partie liées à la décision sur le fond (l'accessoire suit le principal). Si cette dernière ne peut être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention (par exemple parce qu'elle n'entre pas dans son champ d'application, qu'elle n'est pas susceptible d'être reconnue ou qu'un motif de refus est applicable), la décision sur les frais ne sera pas reconnue ou exécutée elle non plus (art. 3(1)(b)). À l'inverse, si la décision sur le fond est susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention, en principe, la fixation des coûts peut être reconnue et exécutée elle aussi. Il suffit que la décision sur le fond soit « susceptible » d'être reconnue ou exécutée dans l'État requis, et non qu'elle ait déjà été reconnue et exécutée. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, la décision sur le fond peut être reconnue et exécutée, mais non la fixation des frais, par exemple parce qu'elle a été obtenue par la fraude (voir art. 7(1)(b)).

72. Il résulte de ce principe et du fait que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas susceptibles d'être reconnues et exécutées en vertu du projet de Convention (voir, *infra*, para. 73), qu'une décision portant sur les frais du procès condamnant une partie aux frais liés à de telles mesures ne peut être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention.

73. **Mesures provisoires et conservatoires.** L'alinéa (b) dispose que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements aux fins du projet de Convention. La notion de « mesures provisoires et conservatoires » couvre les mesures ayant principalement deux objectifs : donner un moyen préliminaire de sécuriser des biens qui pourront ensuite servir à satisfaire un jugement définitif ou préserver le *statu quo* en attendant l'issue du procès⁵³. Ainsi, une ordonnance de gel des avoirs du défendeur, une injonction provisoire ou une ordonnance de paiement provisoire, par exemple, ne bénéficient pas des règles du projet de Convention relatives à la reconnaissance et à l'exécution. Naturellement, elles peuvent être reconnues et exécutées en vertu du droit interne (art. 17).

74. **Tribunal.** Deuxièmement, pour être qualifiée de jugement en vertu de l'alinéa (b), la décision doit avoir été rendue par un « tribunal », terme qui n'est pas défini dans le projet de Convention. Le Rapport Hartley/Dogauchi mentionne qu'il recouvre la décision d'un « office de brevets exerçant une fonction quasi-juridictionnelle »⁵⁴. Cependant, cette interprétation semble excessivement large. Lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, l'insertion d'une définition dans les termes suivants a été proposée :

⁵¹ Il faut également souligner que la « sanction » peut être une somme forfaitaire, c'est-à-dire une amende civile, ou une astreinte à payer pour chaque jour de retard.

⁵² [Il conviendrait que la Commission spéciale prenne une décision sur ce point]

⁵³ Sur la définition des mesures provisoires et conservatoires, voir Rapport Nygh/Pocar, para. 178 à 180.

⁵⁴ Rapport Hartley/Dogauchi, note 146.

« On entend par tribunal : (i) un tribunal appartenant à l'ordre judiciaire d'un État contractant à tout niveau et (ii) tout autre tribunal permanent indépendant et autonome qui, conformément à la loi d'un État contractant, exerce des fonctions juridictionnelles sur une matière particulière selon des règles procédurales préétablies⁵⁵. » (traduction du Bureau Permanent).

75. La proposition n'a pas été adoptée en raison de la difficulté à formuler une définition appropriée, mais cette idée a recueilli un certain soutien⁵⁶. En principe, le terme « tribunal » doit être interprété de façon autonome et renvoie aux autorités ou organes judiciaires d'un État, c'est-à-dire aux autorités ou organes qui font partie de la branche judiciaire d'un État et qui exercent des fonctions judiciaires. Il ne comprend pas les autorités administratives comme les offices de brevets ou de marques⁵⁷, les greffiers (hormis en ce qui concerne la fixation des coûts, voir, *supra*, para. 71), les notaires publics ou les greffes ni les autorités non étatiques comme les tribunaux ecclésiastiques. Les tribunaux communs, c'est-à-dire les tribunaux communs à deux États ou plus, entrent dans le champ d'application du projet de Convention sous certaines conditions (voir, *infra*, art. 22).

Paragraphe 2

76. **Résidence habituelle.** Le paragraphe 2 traite de la notion de « résidence habituelle » des entités ou personnes morales. Selon cette disposition, ces entités sont réputées avoir leur résidence habituelle dans l'État (i) de leur siège statutaire, (ii) selon le droit duquel elles ont été constituées, (iii) de leur administration centrale ou (iv) de leur principal établissement⁵⁸. La forme adjectivale « *habitually resident* » est employée dans la version anglaise de l'article 5(1)(a). La version française de l'article 20 emploie le terme « résidence » (sans qualificatif) tandis que les articles 16(1) et 25(1)(b) emploient le terme « résidence habituelle ».

77. Le paragraphe 2 mentionne « une entité ou une personne autre qu'une personne physique » afin d'inclure les personnes morales, mais aussi les associations ou les entités sans personnalité morale, c'est-à-dire les associations de personnes physiques ou morales qui n'ont pas la personnalité morale mais qui peuvent, en vertu de la loi qui les gouverne, comparaître et être parties à la procédure. Toutefois, cette disposition s'appliquera généralement aux sociétés.

78. **Siège statutaire et siège de constitution.** Les termes « siège statutaire » et le droit selon lequel l'entité « a été constituée » renvoient à deux situations juridiques différentes. Le premier est le « domicile » de l'entité tel que le définissent ses statuts ou des documents constitutifs comparables. En droit anglais, le terme équivalent le plus proche est « *registered office* » ; il renvoie à la loi de l'État en vertu de laquelle l'entité a été formée, c'est-à-dire la loi qui lui a donné naissance et qui lui a conféré la personnalité juridique ou la capacité d'ester en justice⁵⁹. En pratique, le critère du siège statutaire et celui du lieu de constitution coïncident généralement dans le même État.

⁵⁵ Doc. trav. No 166 de février 2017, « Proposition des délégations de l'Équateur et de l'Uruguay » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)).

⁵⁶ « Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale », p. 4. Il faut souligner que cette difficulté de définition s'est posée dans d'autres conventions internationales et qu'elle s'est traduite par l'absence généralisée d'une définition complète du terme « tribunal » dans des instruments tels que la Convention Élection de for de 2005. Il convient également d'observer que lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, les experts ont considéré qu'un tribunal peut avoir d'autres caractéristiques ; voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 11, para. 48 à 56.

⁵⁷ Par conséquent, les décisions de l'Office européen des brevets, de l'Office communautaire des variétés végétales, de l'Office de la propriété intellectuelle de l'Union européenne ou de l'Office eurasiatique des brevets n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention.

⁵⁸ Le Rapport Nygh/Pocar (para. 62 à 66) et le Rapport Hartley/Dogauchi (para. 120 à 123) expliquent les raisons de ces différents critères. On notera également que le Rapport Hartley/Dogauchi explique qu'« [u]n État ou une autorité publique d'un État ne seraient résidents que sur le territoire de cet État », voir note 148. Il devrait en aller de même aux fins du projet de Convention.

⁵⁹ Rapport Nygh/Pocar, para. 63 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

79. **Administration centrale et principal établissement.** Inversement, les termes « administration centrale » et « principal établissement » renvoient à deux situations de fait distinctes. Le premier terme est le lieu où se situent les fonctions de siège, c'est-à-dire celui où sont prises les décisions les plus importantes en ce qui concerne la gestion de l'entité ; il désigne le « cerveau » de l'entité. Le second renvoie au principal centre de ses activités économiques⁶⁰ ; il désigne les « muscles » de l'entité. À titre d'exemple, une société minière peut avoir son siège à Londres mais exercer son activité minière en Namibie⁶¹.

80. Les quatre facteurs de rattachement visés au paragraphe 2 fonctionnent de manière alternative et sans hiérarchie entre eux. D'autre part, ils ne sont pas mutuellement exclusifs l'un de l'autre. Si une analyse des facteurs visés au paragraphe 2 prouve que le défendeur a sa résidence habituelle dans deux États différents ou plus simultanément, on peut considérer qu'il réside habituellement dans n'importe lequel d'entre eux. Ainsi, si la société A est constituée dans l'État X, a son administration centrale dans l'État Y et son principal établissement dans l'État Z, un jugement rendu par un tribunal de l'un de ces trois États sera susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'article 5(1)(a) du projet de Convention.

CHAPITRE II – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 4 – Dispositions générales

81. L'article 4 est la disposition la plus importante du projet de Convention : il pose le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements entre les États (para. 1). Il contient en outre des dispositions générales exposant les conditions et certaines des conséquences de cette obligation. Un jugement rendu dans un État est reconnu et exécuté dans l'État requis sans aucune révision au fond de la décision (para. 2), mais seulement s'il produit des effets dans l'État d'origine (para. 3). Enfin, le paragraphe 4 concerne les hypothèses dans lesquelles soit le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine, soit le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré.

Paragraphe premier

82. **Obligation de reconnaissance et d'exécution.** Le paragraphe premier énonce l'obligation centrale imposée aux États par le projet de Convention, à savoir la reconnaissance et l'exécution mutuelles des jugements. En vertu de cette disposition, un jugement rendu par un tribunal d'un État (État d'origine) est reconnu et exécuté dans un autre État (État requis) conformément aux dispositions du chapitre II. Cette obligation présuppose naturellement trois conditions positives : (i) le jugement entre dans le champ d'application du projet de Convention (voir art. 1 et 2) ; (ii) il produit ses effets dans l'État d'origine (art. 4(3)) et (iii) il est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu des articles 5 ou 6. Cette obligation présuppose en outre une condition négative : aucun motif ne permet de refuser la reconnaissance et l'exécution en vertu de l'article 7.

83. La deuxième phrase du paragraphe premier dispose que si le projet de Convention s'applique, la reconnaissance ou l'exécution ne *peut* être refusée qu'aux motifs qui y sont énoncés. Dès lors, si un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté conformément au champ d'application du projet de Convention et si les critères énoncés dans les dispositions suivantes du chapitre II sont remplis, il n'est pas loisible à un État de refuser la reconnaissance ou l'exécution pour d'autres motifs en vertu de son droit interne. En revanche, même lorsqu'un des motifs de refus en vertu du projet de Convention est applicable, la loi de l'État requis peut quand même permettre la reconnaissance et l'exécution du jugement en vertu de son droit interne (voir, *infra*, art. 17).

⁶⁰ Rapport Nygh/Pocar, para. 65 et 66 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

⁶¹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

Paragraphe 2

84. **Pas de révision au fond.** Le paragraphe 2 indique expressément un point important qui est implicite dans le paragraphe premier. Lors de la décision portant sur la reconnaissance et l'exécution, il ne doit y avoir aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine, c'est-à-dire que si un jugement remplit les critères énoncés par le projet de Convention aux fins de la reconnaissance et de l'exécution, il ne sera pas révisé dans l'État requis. Cette règle est le corollaire du principe de reconnaissance mutuelle des jugements ; le projet de Convention n'aurait guère d'intérêt si le tribunal de l'État requis pouvait réviser la base factuelle ou juridique sur laquelle le tribunal d'origine a fondé sa décision. En effet, cela impliquerait en pratique que les parties pourraient être contraintes de plaider de nouveau la même cause dans l'État requis⁶². En conséquence, le tribunal requis ne doit pas examiner le bien-fondé matériel du jugement : il ne peut pas refuser la reconnaissance ou l'exécution s'il considère que la décision est erronée sur un point de fait ou de droit. Il ne peut pas, en particulier, refuser la reconnaissance ou l'exécution au seul motif que la règle de droit appliquée par le tribunal d'origine diffère de celle qu'il aurait lui-même appliquée.

85. **Exception.** Cette règle est toutefois nuancée par l'expression « *Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre* ». L'application des articles 5 et 6, qui précisent quels jugements sont susceptibles d'être reconnus et exécutés, ou de l'article 7, qui énonce les motifs de refus, peut en particulier nécessiter une certaine forme de révision de la décision du tribunal d'origine.

86. En vertu de l'article 5, par exemple, le tribunal requis doit vérifier que le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté sur le fondement du lien entre l'affaire et les tribunaux de l'État d'origine. La vérification de ce lien recouvre les éléments de droit et de fait qui déterminent le chef (indirect) de compétence établi par cette disposition. Ainsi, dans le cas d'un jugement statuant sur une obligation contractuelle, l'application de l'article 5(1)(g) exigerait que le tribunal requis examine si l'obligation a été exécutée ou aurait dû être exécutée dans l'État d'origine, ce qui requiert ou peut requérir un examen de certains éléments de droit tels que le lieu d'exécution du contrat en vertu de la loi applicable. Un autre exemple est celui de l'article 5(1)(a), qui peut exiger que le tribunal requis vérifie les éléments de fait tels que le lieu où une personne morale avait son principal établissement à la date à laquelle elle est devenue partie à l'instance dans l'État d'origine. Il en va de même, *mutatis mutandis*, des autres paragraphes de l'article 5 et des autres dispositions du chapitre II, en particulier l'article 7 (« motifs de refus ») ou l'article 11 (« dommages et intérêts »). Dans ce dernier cas, par exemple, le tribunal requis peut examiner si le jugement octroie des dommages et intérêts qui ne constituent pas une réparation de la perte ou du préjudice effectivement subis par une partie.

87. Comme l'article 8(2) de la Convention Élection de for de 2005, l'article 4(2) du projet de Convention faisait initialement référence aux constatations de fait. Dans la première version du paragraphe 2, le tribunal requis était lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine avait fondé sa compétence, sauf si le jugement avait été rendu par défaut. Dans la Convention Élection de for de 2005, cette disposition ne s'applique qu'à la « compétence » en vertu de la Convention, c'est-à-dire lorsque le tribunal d'origine fonde sa compétence sur un accord d'élection de for. Une telle disposition fait sens lorsque l'instrument instaure des règles harmonisées en matière de compétence directe. Or, le projet de Convention ne contient quant à lui que des règles concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers mais pas de règles directes (harmonisées) de compétence. La Première réunion de la Commission spéciale a donc conclu qu'il serait préférable de ne pas inclure cette disposition dans ce projet de Convention⁶³. Le tribunal requis peut ainsi contrôler les décisions rendues par le tribunal d'origine sur la compétence, qu'elles aient ou non trait à un élément de droit ou de fait.

88. Bien que l'article 4(2) du projet de Convention ne mentionne que les « dispositions du présent chapitre », à savoir le chapitre II, l'application du projet de Convention lui-même peut aussi nécessiter une certaine révision de la décision du tribunal d'origine. Le tribunal requis peut ainsi, par exemple, contrôler la décision du tribunal d'origine sur la qualification civile ou commerciale d'un litige, qu'elle ait ou non trait à un point de droit ou de fait.

⁶² Rapport Nygh/Pocar, para. 347.

⁶³ Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 3, para. 4 à 16, et Rapport de séance No 13, para. 3 et 4.

Paragraphe 3

89. **Donner effet.** L'obligation de reconnaissance et d'exécution implique de « donner effet » au jugement étranger dans l'État requis, c'est-à-dire de lui conférer l'autorité et l'efficacité dont il bénéficiait dans l'État d'origine. Le paragraphe 3 contient un corollaire de ce principe : un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et il n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. Le texte est similaire à celui de l'article 8(3) de la Convention Élection de for de 2005.

90. **Distinction entre reconnaissance et exécution.** Cette disposition repose sur une distinction entre la reconnaissance et l'exécution. Dans son acception la plus large, la reconnaissance comprend tous les effets juridiques d'un jugement, y compris ses effets contraignants sur les procédures judiciaires ultérieures (*res judicata* ou autorité de chose jugée) et le caractère exécutoire. Cependant, puisque les notions de reconnaissance et d'exécution sont distinguées dans le projet de Convention, la reconnaissance peut être définie de façon négative : elle couvre tous les effets d'un jugement hormis ceux qui ont trait à son exécution.

91. **Reconnaissance.** La reconnaissance implique habituellement que le tribunal requis donne effet à la décision sur les droits et obligations juridiques rendue par le tribunal d'origine. Ainsi, si le tribunal d'origine a jugé qu'un plaignant avait (ou n'avait pas) un certain droit, les tribunaux de l'État requis accepteraient qu'il en soit ainsi, c'est-à-dire qu'ils considéreraient ce droit comme existant (ou inexistant). Ou, si le tribunal d'origine rend un jugement déclaratoire sur l'existence ou l'inexistence d'une relation juridique entre les parties, le tribunal requis accepte ce jugement comme ayant tranché la question⁶⁴. Cette décision relative aux droits juridiques s'impose aux litiges futurs. Dès lors, si le jugement étranger est reconnu, il pourra être invoqué, par exemple, pour empêcher une procédure ayant le même objet entre les mêmes parties (*res judicata* ou autorité de chose jugée) dans l'État requis ; le défendeur n'a pas à se défendre deux fois contre la même demande.

92. **Exécution.** L'exécution est l'application, par les tribunaux (ou par une autre autorité compétente) de l'État requis, de procédures légales visant à garantir que le débiteur du jugement rendu par le tribunal d'origine s'exécute. En général, l'exécution est nécessaire lorsque le jugement étranger condamne le défendeur à payer une somme d'argent (jugement pécuniaire) ou à faire ou ne pas faire quelque chose (injonction) et elle implique habituellement l'exercice des pouvoirs coercitifs de l'État pour amener le débiteur à s'exécuter. Ainsi, si le tribunal d'origine condamne le défendeur à payer 10 000 USD au plaignant, le tribunal requis veillera, par une procédure d'exécution, à ce que la somme soit remise au plaignant. Puisque ce serait juridiquement indéfendable si le défendeur ne devait pas 10 000 USD au plaignant, une décision d'exécution présuppose logiquement la reconnaissance du jugement⁶⁵.

93. En revanche, la reconnaissance n'est pas obligatoirement accompagnée ou suivie de l'exécution⁶⁶. Si, par exemple, le tribunal d'origine a jugé que le défendeur ne devait pas d'argent au plaignant, le tribunal requis peut simplement reconnaître cette constatation en rejetant la demande ultérieure sur la même question. En cas d'injonction, l'exécution est nécessaire, ce qui implique l'application de la procédure du tribunal requis pour contraindre le défendeur à exécuter les obligations de faire ou de ne pas faire qui résultent du jugement (voir, *infra*, para. 301 et 302).

94. On voit aisément, à la lumière de cette distinction, pourquoi le paragraphe 3 affirme qu'un jugement n'est reconnu que s'il *produit ses effets* dans l'État d'origine⁶⁷. Produire ses effets signifie que le jugement est juridiquement valable et opérant. S'il ne produit pas d'effets, il ne constituera pas une décision valable sur les droits et obligations des parties. Par conséquent, si le jugement ne produit pas d'effets dans l'État d'origine, il ne doit être reconnu en vertu du projet de Convention dans aucun autre État. En outre, si le jugement cesse de produire

⁶⁴ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 170. Voir aussi Rapport Nygh/Pocar, para. 303.

⁶⁵ Puisque le projet de Convention ne s'applique pas aux mesures provisoires et conservatoires ni aux obligations alimentaires (ni aux autres matières familiales analogues), la difficulté liée à l'absence d'autorité de chose jugée d'un jugement par ailleurs exécutoire ne se pose pas. Voir la discussion sur cette question dans le Rapport Nygh/Pocar para. 302 à 315.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

ses effets dans l'État d'origine, il ne doit pas être reconnu par la suite en vertu du projet de Convention dans les autres États.

95. De même, si le jugement n'est pas exécutoire dans l'État d'origine, il ne doit pas être exécuté ailleurs en vertu du projet de Convention. Il est possible qu'un jugement produise ses effets dans l'État d'origine sans y être exécutoire, par exemple, parce que le caractère exécutoire a été suspendu dans l'attente d'un appel (soit de plein droit, soit par ordonnance du tribunal). En outre, si le jugement cesse d'être exécutoire dans l'État d'origine, par exemple parce qu'il a été infirmé en appel, il ne doit pas être exécutoire par la suite dans un autre État en vertu du projet de Convention⁶⁸.

96. Cette disposition doit être combinée avec l'article 9, en particulier le paragraphe premier, aux termes duquel un jugement reconnu ou déclaré exécutoire en vertu du projet de Convention a « les mêmes effets » que dans l'État d'origine. Cela implique, par exemple, que la portée de l'autorité de chose jugée est déterminée par la loi de l'État d'origine et non par celle de l'État requis (voir, *infra*, para. 277 et 278). Il en va de même des effets équivalents comme l'« *issue preclusion* » ou le « *collateral estoppel* » en *common law*. Il est ainsi garanti qu'un jugement produira les mêmes effets, c'est-à-dire les effets qu'il produit dans l'État d'origine, dans tous les États, indépendamment du lieu où la reconnaissance et l'exécution sont demandées.

Paragraphe 4

97. Le paragraphe 4 traite des hypothèses dans lesquelles, soit le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine, soit le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. En vertu de cette disposition, le tribunal requis a trois possibilités dans cette hypothèse : il peut (i) accorder la reconnaissance ou l'exécution ; (ii) surseoir à statuer sur la reconnaissance ou l'exécution ou (iii) refuser la reconnaissance ou l'exécution. Le paragraphe 4 s'applique aux jugements « visé[s] au paragraphe 3 » ; c'est-à-dire seulement dans la mesure où un jugement produit ses effets en vertu du droit de l'État d'origine (voir, *supra*, para. 94).

98. **Raisonnement.** Cette disposition reconnaît que l'impact des mécanismes de recours sur l'efficacité ou le caractère exécutoire des jugements dépend des systèmes juridiques. Il n'y a donc pas d'uniformité quant au moment auquel une décision acquiert l'autorité de chose jugée ou *res judicata*. En *common law*, l'effet de *res judicata* est acquis lorsqu'un jugement définitif est rendu sur les questions opposant les parties, celles-ci ne pouvant alors être réexaminées par le même tribunal dans une procédure ordinaire même si la décision peut potentiellement ou effectivement faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure. En revanche, dans de nombreux systèmes de droit civil si ce n'est tous, un jugement n'a pas l'autorité de chose jugée tant qu'il peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire⁶⁹. Il en va de même de l'exécution. Dans certains États et territoires, un jugement est exécutoire même s'il fait l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure, alors que dans d'autres, il ne devient exécutoire que si le délai de recours ordinaire est dépassé.

99. En raison de cette divergence, le projet de Convention n'exige pas que le jugement soit définitif (*final and conclusive*), car il n'existe pas de définition uniforme de cette qualification. Au contraire, il suffit, en vertu du paragraphe 3, que le jugement produise ses effets ou soit exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine. Il en résulte que des jugements sur le fond qui ne sont peut-être pas considérés comme définitifs dans l'État d'origine ou en vertu du droit de l'État requis peuvent tout de même être reconnus et exécutés en vertu du projet de Convention. Cette solution protège les intérêts du créancier du jugement et simplifie l'application de cet instrument dans la mesure où les notions de « jugement définitif » (*final and conclusive*) ou d'« autorité de chose jugée » (*res judicata effect*) n'ont pas de signification uniforme⁷⁰. Cependant, cette approche du projet de Convention peut engendrer des situations dans lesquelles un jugement déjà reconnu ou exécuté dans l'État requis est annulé ou infirmé dans l'État d'origine. Le paragraphe 4 résout ce problème en introduisant une exception à l'obligation de reconnaître et d'exécuter un jugement rendu dans un autre État qui est énoncée au paragraphe premier.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Rapport Nygh/Pocar, para. 304.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 306 à 311.

100. **Recours dans l'État d'origine.** Comme il est indiqué plus haut, le paragraphe 4 présuppose que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ; c'est pourquoi il renvoie expressément au paragraphe 3 et envisage deux situations : (i) le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou (ii) le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. La première situation implique que la procédure de recours est déjà pendante dans l'État d'origine et ne distingue pas entre le recours ordinaire et le recours extraordinaire. La seconde implique que le recours n'a pas encore été formé par l'intéressé, mais que le délai de recours court encore. Dans ce cas, la règle ne s'applique qu'au recours *ordinaire*. Le projet de Convention ne définit pas la notion de « recours ordinaire ». En principe, certains critères permettent de qualifier un recours d'ordinaire. Il s'agit en général d'un recours pouvant conduire à l'annulation ou à la modification du jugement et : (i) qui fait partie du cours normal d'une action et constitue, à ce titre, un développement procédural que toute partie peut raisonnablement escompter ; et (ii) qui est limité par la loi de l'État d'origine à un délai précis, qui commence à courir à la date de la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée⁷¹.

101. **Conséquences.** Si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré, le tribunal requis n'est pas tenu d'accorder la reconnaissance ou l'exécution. Le paragraphe 4 lui offre trois possibilités, et il peut décider de la solution la plus appropriée⁷². À cette fin, seront à prendre en compte des éléments tels que (i) une appréciation de prime abord des chances qu'a la partie contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée d'avoir gain de cause dans la procédure de recours ou (ii) les conséquences de chaque solution pour les deux parties.

102. **Accorder la reconnaissance et l'exécution.** Premièrement, le tribunal requis peut accorder la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger et subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté. Le principal objectif de cette sûreté est d'indemniser le débiteur du jugement dans l'hypothèse où celui-ci est finalement infirmé ou modifié dans l'État d'origine et son exécution doit être annulée dans l'État requis⁷³. Si le tribunal requis décide de subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté, il en fixe également le montant et la nature.

103. **Surseoir à statuer.** Deuxièmement, le tribunal requis peut surseoir à statuer sur la reconnaissance et l'exécution. Dans ce cas, il se contente de suspendre sa décision sur la reconnaissance et l'exécution jusqu'à l'issue du recours ou l'expiration du délai de recours. Il poursuit ensuite la procédure et statue en conséquence. Cette disposition ne fait pas obstacle à la capacité du tribunal requis, dans l'intervalle où la décision est suspendue, de prendre des mesures de protection pour garantir l'exécution future du jugement conformément à son droit interne.

104. **Refuser la reconnaissance ou l'exécution.** Enfin, le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution. En principe, l'alinéa (c) envisage un refus de reconnaissance et d'exécution simplement fondé sur le caractère provisoire du jugement, c'est-à-dire sur le fait qu'un recours est pendante dans l'État d'origine ou que le délai de recours n'est pas forclo. C'est pourquoi l'article précise qu'un refus en vertu de l'alinéa (c) n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement. Le refus signifie donc un rejet sans préjudice pour l'avenir⁷⁴. Dès lors que le jugement devient définitif, la personne qui en est le créancier peut aussi demander sa reconnaissance et son exécution en vertu du projet de Convention. Naturellement, le tribunal requis peut aussi refuser la reconnaissance et l'exécution

⁷¹ Voir, sur la différenciation entre un recours « ordinaire » et un recours « extraordinaire », le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 33), para. 195 à 204, également cité dans le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 173, note 209.

⁷² Il convient de souligner que le Rapport Hartley/Dogauchi, au para. 173, note 211, souligne que la discrétion en vertu de la disposition parallèle figurant dans la Convention Élection de for de 2005 peut être exercée par le législateur. Dans le projet de Convention, elle est directement accordée au tribunal requis.

⁷³ Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 173. Le projet de Convention n'aborde pas la question des modalités d'annulation d'un jugement étranger déjà exécuté dans l'État requis, qui est ensuite annulé ou infirmé dans l'État d'origine. La question a fait l'objet d'une discussion approfondie lors de la Première et de la Deuxième réunions de la Commission spéciale, et différentes solutions ont été envisagées. Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 2, para. 48, Rapport de séance No 3, para. 51 à 66, Rapport de séance No 6, para. 41 à 49 ; Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 4, para. 76 à 82, Rapport de séance No 10, para. 6 à 8. Finalement, la Deuxième réunion de la Commission spéciale a jugé préférable de laisser cette question au droit procédural de l'État requis.

⁷⁴ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 174.

pour d'autres motifs, par exemple parce que le jugement n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu des articles 5 ou 6 du projet de Convention. S'il est fondé sur ces autres motifs, le refus de reconnaissance ou d'exécution du tribunal requis empêchera une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution.

Article 5 – Fondements de la reconnaissance et de l'exécution

105. **Introduction.** L'article 5 est une disposition centrale du projet de Convention. Il définit les chefs de compétence considérés comme légitimes aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus dans les États, comme le prévoit l'article 4. Outre les trois critères exclusifs de compétence visés à l'article 6, les motifs prévus à l'article 5 forment la liste exhaustive des chefs de compétence qui déclenchent l'application du principe de reconnaissance mutuelle consacré par le projet de Convention. Les États peuvent reconnaître des jugements étrangers sur d'autres critères de compétence prévus en droit interne, conformément à l'article 17, mais seuls les motifs énumérés aux articles 5 et 6 engendrent des obligations en vertu du projet de Convention. À ce titre, l'article 5 définit le périmètre des jugements « susceptibles d'être reconnus et exécutés », c'est-à-dire des jugements qui circulent en vertu du projet de Convention, et prescrit donc une règle minimale pour leur reconnaissance ou leur exécution.

106. **Distinction entre compétence directe et compétence indirecte.** Les motifs énumérés à l'article 5 ne sont que des chefs de compétence *indirects*. Autrement dit, ils ne déterminent pas les critères de la compétence des tribunaux saisis d'une procédure au fond – que l'on peut appeler chefs de compétence *directs*⁷⁵, qui demeurent déterminés par le droit interne. Les critères de compétence énumérés à l'article 5 sont ceux qu'un État requis auquel il est demandé de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu dans un autre État acceptera comme des motifs légitimes aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution. Ces critères sont *indirects* au sens où l'État requis s'y réfère pour apprécier les liens avec l'État dans lequel le jugement a été prononcé. Le critère *direct* sur lequel un État qui a prononcé le jugement s'est considéré compétent n'est donc pas pertinent aux fins du projet de Convention. Lorsqu'il examine si un jugement étranger répond aux critères de compétence de l'article 5 ou de l'article 6, l'État requis ne procède pas à une appréciation de l'application que l'État d'origine a faite de ses propres règles de compétence. Bien que le projet de Convention n'ait pas pour objet d'affecter les dispositions légales nationales en matière de compétence dans les affaires internationales, les jugements des États dont les règles de compétence *directe* sont similaires aux règles de compétence *indirecte* énoncées aux articles 5 et 6 auront plus de chances de circuler en vertu du projet de Convention.

107. Cet article est structuré en deux paragraphes. Le premier énumère les liens avec l'État qui a rendu le jugement qui répondent aux critères de reconnaissance et d'exécution dans l'État requis. Le second règle la question des jugements rendus contre des consommateurs ou des salariés et modifie ou exclut l'application de certains liens énumérés au premier paragraphe.

Paragraphe premier

108. Ce paragraphe prévoit seize critères de compétence (dont trois sont actuellement entre crochets). Trois catégories traditionnelles de compétence sont représentées au paragraphe premier : compétence fondée sur les liens avec le défendeur, compétence fondée sur le consentement et compétence fondée sur les liens entre la demande et l'État d'origine. De nombreux critères de compétence énumérés au paragraphe premier sont prévus dans les droits internes mais peuvent être formulés plus précisément ou plus étroitement dans le projet de Convention. Il convient d'observer qu'il n'y a pas de hiérarchie au paragraphe premier, de sorte qu'aucun des critères de compétence énumérés n'est considéré supérieur ou plus légitime qu'un autre aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution en vertu du projet de Convention. En outre, comme cette disposition l'indique expressément, il suffit qu'un seul critère soit satisfait en vertu du paragraphe premier pour satisfaire au critère de compétence établi dans ce paragraphe.

⁷⁵ Cette terminologie n'est employée que dans certains systèmes juridiques.

Alinéa (a)

109. Cet alinéa est une règle générale fondée sur l'idée du for « naturel » ou de l'« État d'origine ». Il semble raisonnable que le fait pour la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée d'avoir vécu dans l'État d'origine, c'est-à-dire d'y avoir eu sa résidence habituelle, soit un critère de compétence légitime. Ce principe vaut indépendamment de la position de la personne dans la procédure. Cet alinéa ne se limite donc pas au défendeur mais comprend toute autre personne, physique ou morale, contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée. La reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger peut être accordée contre le défendeur, contre le demandeur ou contre un tiers qui avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine à la date à laquelle il est devenu partie à l'instance.

110. L'alinéa (a) est le seul alinéa de l'article 5 qui concerne la compétence uniquement fondée sur des liens avec la personne contre laquelle la reconnaissance est demandée. Tous les autres facteurs de rattachement prévus au paragraphe premier ont trait soit au consentement, soit au litige à l'origine du jugement.

111. **« Personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ».** Étant donné que le projet de Convention ne traite que des critères de compétence indirects, il s'intéresse aux liens entre l'État d'origine et la personne contre laquelle le jugement a été rendu et dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées dans l'État requis. Comme il est possible que cette personne n'ait pas été le défendeur dans le tribunal d'origine, il serait trop restrictif de limiter l'alinéa (a) à cette partie. En effet, il est possible que le demandeur n'ait pas eu gain de cause et que le défendeur demande la reconnaissance et l'exécution contre cette personne dans l'État requis. Pour couvrir cette situation, l'alinéa (a) emploie l'expression « personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ». Les expressions « personne contre laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées » et « défendeur » sont employées tout au long du paragraphe premier, mais le choix opéré dans chaque disposition résulte de la problématique évoquée. En l'absence de problématique, le terme « défendeur » est suffisant. Bien que ce choix puisse créer des chevauchements entre les alinéas (a) et (c), il couvre des situations qui n'auraient pas été couvertes par l'alinéa (c).

112. **La « résidence habituelle » comme facteur de rattachement.** Le projet de Convention emploie la résidence habituelle comme facteur de rattachement par opposition à d'autres critères prévus en droit interne ou dans des instruments de loi uniforme, tels le domicile ou la nationalité. Ce choix est conforme aux instruments de La Haye modernes, dans lesquels la notion de résidence habituelle a été préférée. L'avantage de la résidence habituelle est que c'est un facteur de rattachement davantage basé sur les faits que le domicile ou la nationalité, qu'il exprime un lien étroit entre une personne et son environnement socioéconomique et qu'il est moins susceptible de susciter des appréciations contradictoires des tribunaux. Il faut admettre que l'absence de définition, dans le projet de Convention, de la résidence habituelle en ce qui concerne les personnes physiques peut donner lieu à des interprétations nationales divergentes, même si l'article 23 devrait y faire obstacle⁷⁶. En ce qui concerne une personne ou une entité autre qu'une personne physique, il convient de rappeler que la définition de la résidence habituelle de l'article 3(2) comprend quatre options. De ce fait, en vertu de l'alinéa (a), l'État requis peut considérer que l'État d'origine était compétent si un seul des quatre facteurs de rattachement énoncés à l'article 3(2) est satisfait.

113. **« Lorsqu'elle » est devenue partie à la procédure devant le tribunal d'origine.** Le lieu de la résidence habituelle d'une personne peut changer, éventuellement au cours du procès avant le prononcé du jugement ou même après le prononcé du jugement mais avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée dans l'État requis. Aux fins de l'alinéa (a), la résidence habituelle doit être appréciée au moment où la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée est devenue partie à la procédure dans l'État d'origine⁷⁷. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que cette personne ait encore sa résidence

⁷⁶ Celui-ci exige qu'aux fins de l'interprétation du projet de Convention, il soit « tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ».

⁷⁷ Comme il est expliqué, cette personne peut être le plaignant qui introduit une instance contre un défendeur unique, mais cette « personne » pourrait être également une personne ajoutée, conformément aux règles de procédure de l'État d'origine, après l'ouverture de l'instance, comme un plaignant additionnel ou un défendeur ajouté par un mécanisme de jonction forcée ou volontaire, un intervenant, un tiers, etc. Il est

habituelle dans l'État d'origine au moment où l'État requis apprécie le facteur de rattachement pour autant que le rattachement au moment où la personne est devenue partie à l'instance soit établi.

114. **Subrogation, cession ou succession.** La formulation de l'alinéa (a) présuppose que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée est celle qui était partie à l'instance dans l'État d'origine. Cependant, cette disposition n'empêche pas de demander la reconnaissance ou l'exécution contre une autre personne que celle qui était partie à la procédure dans l'État d'origine, dans la mesure où la première a repris les obligations de la seconde, que ce soit par transfert, par succession ou par un autre moyen équivalent. Ce serait le cas, par exemple, lorsque la partie à la procédure dans l'État d'origine est décédée et que ses héritiers ont repris ses obligations avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée ou lorsque la partie à la procédure dans l'État d'origine était une société qui a été absorbée par une autre société avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée. Dans ces hypothèses, la reconnaissance ou l'exécution peut être accordée à l'encontre d'une autre personne que celle qui était partie à la procédure dans l'État d'origine *pour autant que la première ait valablement succédé à la seconde dans ses obligations*. La question de savoir s'il y a eu une « succession valable » est régie par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

115. **Exemple.** A introduit une demande contre B dans l'État X, où B a sa résidence habituelle. Un jugement est rendu contre la défenderesse. Cependant, au cours de la procédure dans l'État d'origine ou après le prononcé du jugement mais avant que sa reconnaissance et son exécution soient demandées, B décède et ses obligations sont transférées à son héritier. Dans ce cas, le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (a) parce que la défenderesse avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine et que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée lui a valablement succédé. Naturellement, la résidence habituelle de l'héritier n'entre pas en considération dans cette affaire.

Alinéa (b)

116. **Introduction.** Cet alinéa s'inspire du même principe que le paragraphe premier et son application concerne les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou professionnelle. Les personnes physiques peuvent exercer des activités professionnelles par le biais d'établissements situés dans d'autres États que celui de leur résidence habituelle. Cette situation peut se produire dans les villes frontalières en particulier, mais avec les facilités de déplacement personnel, elle peut aussi se produire dans d'autres contextes. Le projet de Convention dispose que le fait que cette personne physique ait son principal établissement dans l'État d'origine est un facteur de rattachement avec cet État suffisant pour la reconnaissance et l'exécution, mais seulement lorsque la demande découlait de son activité professionnelle.

117. **Raisonnement.** Les personnes physiques qui exercent des activités professionnelles peuvent être considérées comme des personnes morales du point de vue des facteurs de rattachement. Comme on l'a vu plus haut, si l'entreprise est une personne morale, on considérera qu'elle a sa résidence habituelle, entre autres, au lieu de son principal établissement en vertu de l'article 3(2). Cependant, si l'entreprise n'est pas une personne morale distincte de la personne physique qui fournit les biens ou les services, alors il n'y a pas de rattachement avec l'État du principal établissement en vertu de l'alinéa (a), bien que les deux situations puissent être considérées comme analogues, hormis pour le statut juridique de l'entreprise impliquée dans le litige. L'alinéa (b) reconnaît que le principal établissement de la personne physique qui exerce une activité professionnelle dans un autre État que celui de sa résidence habituelle a un lien légitime avec toute demande présentée à son encontre lorsque ces demandes découlent de son activité professionnelle. Permettre que les demandes soient tranchées dans l'État du principal établissement est conforme aux attentes légitimes des parties.

118. **Conditions.** L'alinéa (b) prévoit deux autres conditions. Premièrement, la demande sur laquelle se fonde le jugement doit avoir porté sur l'activité professionnelle de la personne physique. Autrement dit, contrairement à la compétence générale admise en vertu de

donc plus précis de se référer au moment où la personne est devenue partie à la procédure qu'au moment de l'introduction de l'instance.

l'alinéa (a), la compétence reconnue aux tribunaux du principal établissement de la personne physique est limitée. La formulation de l'alinéa (b) indique que la demande doit porter sur l'« activité professionnelle » mais elle n'exige pas que l'activité en question ait été spécifiquement rattachée au principal établissement. Le fait que l'alinéa (b) vise le « principal » établissement implique qu'une personne physique peut exercer une activité professionnelle dans plusieurs lieux, mais que l'un d'entre eux seulement constituera le « principal » établissement. Bien entendu, ces distinctions ont plus de chances d'être opérées dans les situations en face-à-face que dans les situations en ligne.

119. **Exemple.** A est comptable et réside habituellement dans l'État X, dans une ville à la frontière des États Y et Z. Son bureau principal est situé dans une ville de l'État Y, où elle exerce la majeure partie de son activité et où elle travaille régulièrement. Cependant, elle se rend aussi une fois par semaine dans l'État Z pour y fournir ses services à une clientèle plus restreinte. Le prix du papier pour photocopie étant plus bas dans l'État Z, elle y achète son stock hebdomadaire de papier pour ses deux bureaux le vendredi, lorsqu'elle est dans l'État Z, auprès d'ABC Paper Inc. Si un litige survenait en ce qui concerne cette fourniture de papier, un jugement rendu contre A par un tribunal d'origine de l'État Y satisferait à l'alinéa (b) parce que l'État Y est l'État du principal établissement de A même si la demande découle d'une transaction intervenue dans l'État Z parce qu'elle porte sur l'activité professionnelle de la personne physique exerçant cette activité. Inversement, lorsque la demande découle des activités personnelles ou familiales de A, cet alinéa ne s'applique pas.

120. La deuxième condition concerne le moment de la demande et l'établissement du principal établissement. L'alinéa (b) exige que le principal établissement de la personne physique ait été situé dans l'État d'origine *lorsque* cette personne est *devenue partie* à la procédure introduite devant le tribunal d'origine. Cette exigence de contemporanéité est la même que celle qui est prévue à l'alinéa (a) pour la résidence habituelle.

Alinéa (c)

121. **Introduction.** Le fait pour une personne d'introduire une demande civile ou commerciale devant un tribunal indique généralement qu'elle accepte la compétence de ce tribunal. Cela contrairement à d'autres personnes, comme le défendeur, qui peuvent n'avoir pour seule alternative que de répondre à la procédure ou de risquer un jugement par défaut. La personne qui introduit la demande n'a pas nécessairement beaucoup de choix et peut même n'en avoir aucun⁷⁸ quant au *lieu* d'introduction de la procédure, qui sera déterminé par les règles de compétence directe de chaque État, mais cela ne fait pas obstacle à ce que l'acte introductif d'instance soit interprété comme une indication du consentement à ce que ce tribunal juge l'affaire. L'alinéa (c) dispose que le seul fait, pour une personne, de saisir le tribunal d'origine rend tout jugement en résultant exécutoire contre cette personne.

122. **Exemple.** A, qui a sa résidence habituelle dans l'État X, se rend dans l'État Y pour y faire du camping pendant ses congés ; il rencontre B, qui réside habituellement dans l'État Z, sur le terrain de camping. Un dommage est causé au matériel de camping de A, dont celui-ci prétend qu'il est dû à la négligence de B. A décide d'introduire une procédure devant les tribunaux de l'État Z afin de demander réparation pour la perte qui a été causée selon lui par la faute de B. B se défend contre la demande et obtient gain de cause ; le tribunal déclare que B n'est pas responsable de la perte de A et condamne A aux dépens. Si A introduit une nouvelle procédure pour négligence dans l'État Y, B pourrait demander la reconnaissance du jugement auprès de l'État Z, en se référant à l'article 5(1)(c) pour satisfaire au critère de compétence. Étant donné que A a introduit l'instance dans l'État Z, le jugement rendu par le tribunal dans cet État peut être reconnu contre A dans tout autre État. En outre, si B souhaite faire exécuter la condamnation de A aux dépens dans l'État X, la compétence du tribunal d'origine, dans l'État Z, serait validée par référence à l'article 5(1)(c).

123. **Rapport avec les autres dispositions.** Il convient de souligner que si le demandeur avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine lorsqu'il a saisi le tribunal, la compétence est également valable en vertu de l'alinéa (a). Autrement dit, l'alinéa (c) n'est nécessaire que lorsque le demandeur n'avait pas sa résidence habituelle dans l'État où le jugement a été

⁷⁸ Dans les affaires impliquant des chefs de compétence exclusive, par exemple, il est possible que le plaignant ne puisse introduire sa demande que dans un seul État.

prononcé. Il faut en outre remarquer que la règle de l'alinéa (c) connaît une limite : elle ne s'applique pas lorsque la demande est une demande reconventionnelle. Les demandes reconventionnelles sont traitées à l'alinéa (o).

Alinéa (d)

124. **Introduction.** Cet alinéa prévoit un chef de compétence pour les établissements secondaires. Lorsqu'une demande porte sur l'activité d'une succursale d'une personne dont la résidence habituelle est dans un autre État, le projet de Convention reconnaît la compétence exercée sur le défendeur par les tribunaux de l'État dans lequel la succursale elle-même est située. Cette notion de « for de la succursale » existe dans plusieurs systèmes juridiques⁷⁹. Le projet de Convention adopte une approche étroite en exigeant que le jugement à l'encontre du défendeur porte sur une demande découlant directement des activités de la succursale située dans l'État d'origine, et non des activités du défendeur en général.

125. **Raisonnement.** La logique de cette disposition est que lorsqu'une personne crée et conserve un établissement dans un autre État, elle doit admettre la compétence des tribunaux de cet État en ce qui concerne les demandes découlant des activités de cet établissement. En effet, c'est le contrôle que le défendeur exerce sur la succursale, l'agence ou l'autre établissement qui justifie la compétence sur celui-ci dans l'État où se situe la succursale, l'agence ou l'autre établissement. Cette règle est conforme aux attentes légitimes des parties. En outre, puisque ce chef de compétence se limite aux litiges résultant des activités de la succursale, il est également justifié par l'existence d'un lien étroit entre le litige et le tribunal appelé à en connaître, en particulier à apprécier les faits.

126. **Succursale, agence ou autre établissement.** La disposition évoque « une succursale, une agence ou tout autre établissement sans personnalité juridique propre ». Le projet de Convention ne définit pas cette notion. En principe, un établissement implique une présence physique stable du défendeur dans l'État d'origine où celui-ci exerce une activité économique⁸⁰. Cette terminologie semble indiquer que la personne visée à l'alinéa (d) n'est pas une personne physique, ce qui distingue ce chef de compétence de celui de l'alinéa (b). En outre, comme il est expressément indiqué dans la disposition elle-même, seuls les établissements qui n'ont pas de personnalité juridique distincte du défendeur sont visés. Le critère semble exclure les filiales et toute autre partie d'une organisation commerciale constituée sous forme d'entité juridique distincte⁸¹.

127. **Champ d'application.** Pour que l'alinéa (d) s'applique, il doit exister un lien entre la demande et les activités de la succursale, de l'agence ou de l'établissement dans l'État d'origine. Autrement dit, il ne suffit pas que la demande résulte de l'activité professionnelle du défendeur en général, elle doit résulter des activités de la succursale ou de l'établissement dans l'État d'origine. Ainsi, en ce qui concerne un litige contractuel par exemple, le contrat à l'origine de la demande doit avoir été conclu par l'intermédiaire de l'établissement dans l'État d'origine ou cet établissement doit être responsable de son exécution, mais un simple lien lointain ou incident n'est pas suffisant.

128. Toutefois, ce lien basé sur l'activité n'est pas limité en fonction de la nature de la demande. Le litige peut concerner la gestion interne de la succursale ou les actes de la succursale au cours de son fonctionnement, et l'action peut être fondée sur la responsabilité contractuelle, sur la responsabilité délictuelle ou avoir un autre fondement, comme l'enrichissement sans cause⁸². Un chevauchement peut donc s'opérer entre cet alinéa et les autres alinéas traitant des obligations contractuelles (alinéa (g)) et non contractuelles (alinéa (j)).

⁷⁹ Rapport Nygh/Pocar, para. 127 ; voir aussi Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (ci-après, le « Règlement Bruxelles I bis »), art. 7(5) ; Code civil du Québec, art. 3168(2).

⁸⁰ Rapport Nygh/Pocar, para. 127.

⁸¹ Dans l'application de l'article 7(5) du Règlement Bruxelles I bis, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE ») a également inclus les filiales, à savoir les établissements dotés de la personnalité juridique, en vertu de la doctrine de l'apparence, c.-à-d. lorsqu'elles apparaissent vis-à-vis des tiers comme une simple succursale du défendeur étranger ; voir arrêt du 9 décembre 1987, *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothchild SARL*, C-218/86, EU:C:1987:536.

⁸² Rapport Nygh/Pocar, para. 134.

Alinéas (e) et (f)

129. **Introduction.** Ces deux alinéas concernent les jugements rendus contre des défendeurs qui ont consenti à la compétence du tribunal d'origine. Le consentement du défendeur est largement accepté comme fondement légitime de l'exercice de la compétence internationale. Trois modes de consentement sont envisagés à l'article 5(1) – consentement exprès unilatéral au cours de la procédure (alinéa (e)), consentement ou soumission implicite (alinéa (f)) et accord entre les parties (alinéa (p) – analysé plus loin). La constatation, par le tribunal de l'État requis, que le défendeur a consenti à la compétence du tribunal d'origine par un de ces trois modes de consentement est suffisante pour satisfaire au critère de compétence visé à l'article 5(1), indépendamment de l'absence de liens avec l'État d'origine. Étant donné les implications importantes du consentement pour la reconnaissance et l'exécution du jugement qui s'ensuit en vertu du projet de Convention, il doit être précisément et soigneusement circonscrit afin d'éviter toute injustice à l'égard du défendeur.

130. Comme on le verra plus loin, les trois modes de consentement font l'objet de limites spécifiques lorsque le jugement est rendu contre un défendeur consommateur ou salarié conformément au paragraphe 2.

Alinéa (e)

131. **Consentement exprès au cours de la procédure.** Lorsqu'un défendeur consent expressément à la compétence du tribunal d'origine au cours de la procédure, le tribunal requis considérera que le critère de compétence énoncé à l'article 5(1) est satisfait. L'alinéa (e) ne prescrit pas la forme ni le fond de ce consentement exprès ; il pourrait être verbal ou écrit. Cependant, d'autres dispositions doivent être prises en compte pour interpréter la notion de « consentement exprès » de cet alinéa. Premièrement, étant donné qu'une autre disposition traite du consentement implicite (alinéa (f)), la portée du consentement exprès visé à l'alinéa (e) est nécessairement restreinte et doit exiger un acte positif exprimant le consentement, par opposition, par exemple, à l'absence de contestation ou au simple retrait d'une procédure contestant la compétence du tribunal d'origine. Deuxièmement, contrairement au paragraphe 2, ce paragraphe n'exige pas que le consentement soit adressé au tribunal. Il peut donc être adressé au tribunal ou à l'autre partie, mais au cours de la procédure.

132. Ce mode de consentement n'est pas nécessairement connu ou reconnu dans tous les systèmes procéduraux, mais cela ne fait pas obstacle à son appréciation par l'État requis. L'existence d'un consentement exprès doit être considérée comme une question de fait à apprécier par le tribunal de l'État requis. La raison en est qu'en vertu du paragraphe premier, l'État requis n'apprécie pas si le tribunal d'origine a été saisi valablement au regard de ses propres règles de *compétence directe*, qui comprennent des règles sur le consentement. En réalité, en vertu du paragraphe premier, l'État requis vérifie si un des critères de *compétence indirecte* est satisfait, indépendamment du motif sur lequel le tribunal d'origine peut avoir fondé sa compétence.

133. **Exemples.** Les scénarios suivants illustrent la pertinence potentielle de l'alinéa (e) :

(i) A introduit une procédure contre B dans l'État X et B en est notifié dans les formes et dans les délais requis. Dans sa réponse par courrier électronique, B rappelle à A que leur contrat contient une clause d'arbitrage mais que le coût de l'arbitrage pourrait être prohibitif au regard du montant de la demande. B indique qu'il est d'accord pour se défendre dans l'État X dans ce cas, mais qu'il se réserve le droit d'invoquer la clause d'arbitrage dans le cadre de tout litige futur en vertu du contrat conclu par les parties.

(ii) C introduit une procédure contre D dans l'État X. D réagit en invitant C à négocier pour résoudre le litige. Les parties parviennent à régler une partie de leur différend à l'amiable, mais elles n'arrivent pas à s'entendre sur certains points. Dans le cadre du règlement amiable, C accepte expressément de modifier la demande dont il a saisi le tribunal dans l'État X et D accepte expressément que cette demande modifiée soit tranchée par le tribunal dans l'État X⁸³.

⁸³ On pourrait également considérer que ce scénario relève de l'alinéa (p) si la clause figurant dans l'accord amiable est interprétée comme la « désignation d'un tribunal ».

(iii) E introduit une procédure contre F dans l'État X. En vertu du droit procédural de l'État X, le tribunal est tenu de vérifier d'office sa compétence lorsqu'il est saisi d'une demande contre un défendeur étranger. Notant l'absence de lien entre la demande et l'État X, le tribunal demande à F, qui a sa résidence habituelle dans l'État Y, si elle souhaite soulever une objection à la compétence. F répond qu'elle accepte la compétence du tribunal dans l'État X et qu'elle est prête à se défendre devant celui-ci.

Alinéa (f)

134. **Introduction.** Au contraire du consentement exprès envisagé à l'alinéa (e) ci-dessus, le consentement visé à l'alinéa (f) est implicite ; il se déduit habituellement de l'absence de contestation, de la part du défendeur, de la compétence du tribunal d'origine. En n'élevant aucune objection à la compétence du tribunal d'origine, le défendeur est réputé avoir indiqué qu'il accepte que ce tribunal statue sur la demande introduite à son encontre. Lorsqu'on considère la soumission en vertu de l'alinéa (f), il est essentiel de garder à l'esprit que le paragraphe premier comprend de nombreux chefs de compétence indirecte reconnus, dont *un seul* doit être satisfait. La soumission n'est donc pertinente que lorsqu'il n'y a pas de fondement en vertu du paragraphe premier pour reconnaître la compétence du tribunal d'origine dans l'État où le jugement a été rendu.

135. **Raisonnement.** Le consentement, exprès ou implicite, est une chef légitime de compétence dans la plupart des États. La soumission repose sur le postulat que le défendeur a implicitement accepté que le litige sera réglé par le tribunal saisi de la demande, même s'il y a pu avoir des motifs pour s'opposer à cette compétence. Le défendeur peut souhaiter éviter le coût et le délai d'une contestation de compétence, ou il ne voit aucun réel avantage juridique à être poursuivi ailleurs ou encore il ne sait pas qu'il est possible de contester la compétence. Quelle que soit le motif pour le défendeur, la plupart des États considèrent qu'un défendeur peut consentir implicitement à la compétence internationale d'un tribunal. Dès lors, si le défendeur a accepté la compétence de l'État d'origine, le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention.

136. **Conditions.** La soumission en vertu de l'alinéa (f) est assortie de deux conditions positives. Premièrement, elle ne peut se produire que si le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond devant le tribunal d'origine. Deuxièmement, elle ne peut se produire que si le défendeur n'a pas contesté la compétence. Cependant, une condition négative est incluse : une contestation de la compétence aurait échoué.

137. **Le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond sans contester la compétence.** On admet généralement que si un défendeur ne fait pas valoir ses arguments sur le fond, il ne s'est pas soumis à la compétence du tribunal d'origine. Tel peut être le cas lorsque le défendeur ne comparait pas devant le tribunal, c'est-à-dire lorsque le jugement est rendu par défaut ou lorsque, même s'il comparait, il ne fait pas valoir ses arguments sur le fond. Ainsi, un défendeur est en droit de répondre à une demande à la seule fin de contester la compétence sans que cela soit considéré comme une soumission aux fins de la reconnaissance. Si la contestation échoue, le défendeur peut choisir de ne pas continuer à prendre part à la procédure. Dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne mettra pas fin à la procédure car le tribunal peut poursuivre et rendre un jugement en faveur du demandeur qui est susceptible de circuler en vertu du projet de Convention. Dans ce cas toutefois, la compétence ne sera pas reconnue sur la base de la soumission et devra être fondée sur un autre motif énoncé au paragraphe premier.

138. Le projet de Convention ne définit pas précisément l'acte consistant à faire valoir ses arguments sur le fond. Dans certains États, tout acte du défendeur allant au-delà d'une simple contestation de compétence implique une soumission, comme une demande de précision, une demande de communication de documents ou d'autres éléments, une demande tendant à rayer certains arguments du procès-verbal des débats, etc. Le langage du projet de Convention ne renvoie pas à une question de procédure, mais à une question matérielle : à savoir si le défendeur a accompli, dans la procédure devant le tribunal d'origine, un acte ou une procédure qui impliquait une contestation sur le fond du litige, indépendamment des règles différentes régissant la soumission à la compétence en vertu du droit du tribunal d'origine. En ce sens,

la question de savoir si le défendeur « a fait valoir ses arguments sur le fond » doit être appréciée en fonction des faits et être considérée indépendamment de la manière dont la question est envisagée dans l'État d'origine.

139. Certains systèmes considèrent que le fait, pour le défendeur, de continuer à participer à la procédure pour contester sur le fond après avoir échoué dans sa contestation de la compétence constitue une soumission⁸⁴. Le projet de Convention rejette ce point de vue et estime qu'un défendeur qui a valablement contesté la compétence sans avoir gain de cause peut encore se défendre sur le fond sans pour autant que l'on considère qu'il s'est soumis à la compétence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution. C'est l'effet de la deuxième condition de l'alinéa (f). À ce titre, l'absence de définition de l'expression « a fait valoir ses arguments sur le fond » dans le projet de Convention est atténuée par la possibilité donnée au défendeur d'éviter que l'État requis conclue qu'il s'est soumis à la compétence en veillant à contester la compétence devant le tribunal d'origine.

140. Contester la compétence « dans les délais prescrits par le droit de l'État d'origine ». Les règles de procédure du droit de l'État d'origine peuvent fixer un délai précis dans lequel le défendeur doit contester la compétence. Ce délai peut être exprimé en jours à compter d'un certain point, comme la notification de la demande, ou en termes de chronologie, par exemple avant d'introduire une autre procédure. Certains systèmes juridiques peuvent également envisager l'inclusion de tous les moyens de défense, procéduraux et matériels, dans le même acte de procédure. Aux termes de l'alinéa (f), les contestations non présentées dans les délais requis ne permettront pas d'éviter le constat de soumission. Ainsi, si le défendeur ne respecte pas les règles de procédure de l'État d'origine pour contester la compétence et fait valoir ses arguments sur le fond, le jugement circulera en vertu de l'alinéa (f). Le projet de Convention n'impose pas de délai précis pour la contestation et laisse le droit interne de l'État d'origine régir cet aspect, mais il tire ses conclusions du non-respect de ce délai.

141. La contestation de la compétence aurait échoué. Comme il est noté plus haut, la soumission est fondée sur le postulat que le défendeur a implicitement accepté que le litige serait réglé par le tribunal saisi de la demande, même s'il peut y avoir eu des fondements pour contester cette compétence. C'est l'absence d'opposition qui fonde la soumission implicite du défendeur. Une hypothèse majeure de cette règle est que le droit procédural du tribunal d'origine autorise le défendeur à contester sa compétence. C'est dans ce cas seulement que l'absence de contestation peut être interprétée comme un consentement implicite. L'alinéa (f), par sa formulation, illustre cette hypothèse en exprimant la règle en termes de contestation de compétence.

142. L'alinéa (f) tient également compte de la possibilité que cette contestation aboutisse puisqu'il ne serait pas raisonnable, dans le cas contraire, d'exiger du défendeur qu'il forme cette opposition. Autrement dit, le projet de Convention n'impose pas au défendeur de contester la compétence si cette démarche était vouée à l'échec : si le défendeur peut démontrer, devant l'État requis, qu'une tentative de contester la compétence du tribunal d'origine n'avait aucune chance de succès, l'absence de contestation devant le tribunal d'origine ne sera pas réputée équivalente à un consentement implicite ou à une soumission du défendeur. Dès lors, à moins que l'État requis considère que le tribunal d'origine avait compétence en vertu d'un autre motif énoncé au paragraphe premier, le critère de compétence pour la reconnaissance et l'exécution fondé sur la soumission ne sera pas satisfait dans ce cas.

143. Cependant, pour prévenir toute stratégie ou tout comportement opportuniste du défendeur, le projet de Convention prévoit un critère de preuve relativement exigeant. Il doit être *évident* que la contestation de la compétence aurait échoué en vertu du droit de l'État d'origine.

144. Exemple. Le tribunal d'origine se déclare compétent au seul motif que le défendeur étranger avait un bien dans l'État ou le territoire bien qu'il n'existe aucun lien entre la demande et ce bien. Il ressort des décisions antérieures du tribunal d'origine que les contestations de ce chef de compétence sont toujours rejetées ; partant, le défendeur ne conteste pas la compétence devant le tribunal d'origine. À supposer qu'aucun autre paragraphe de l'article 5

⁸⁴ C'est le cas dans l'ensemble du territoire canadien, bien qu'il existe une exception limitée lorsque cette future participation vise à respecter une ordonnance du tribunal à cet effet ; voir par exemple : *Van Damme v. Gelber*, 2013 ONCA 388.

(ou 6) ne soit satisfait, le jugement définitif du tribunal d'origine ne sera pas considéré comme ayant satisfait à l'alinéa (f) bien que le défendeur n'ait pas contesté la compétence devant ce tribunal et qu'il ait fait valoir ses arguments sur le fond.

145. **Contestation de l'exercice de la compétence.** Cette limite posée à la soumission à la compétence s'étend aussi à l'hypothèse dans laquelle le défendeur ne demande pas au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence. Cette possibilité est particulièrement pertinente dans les États où la doctrine du *forum non conveniens* autorise un défendeur à demander à un tribunal de renoncer à exercer sa compétence. La formulation de l'alinéa (f) en ce qui concerne cette limite de la soumission à la compétence pose quelques difficultés d'interprétation. La première partie de cette disposition n'évoque que la contestation de compétence, tandis que la condition relative aux chances de succès d'une telle contestation couvre à la fois la contestation de la compétence et celle de son exercice.

146. Dans la plupart des États où existe la règle du *forum non conveniens*, la notion est bien distinguée de la compétence elle-même. C'est ce qui ressort clairement de la présentation de la doctrine comme autorisant un tribunal à *refuser d'exercer sa compétence* et qui n'implique donc aucune admission que le tribunal *n'est pas compétent*. Il n'est pas rare, dans ces États, que le demandeur commence par contester la compétence puis, si le tribunal rejette cette contestation, qu'il demande à celui-ci de renoncer à exercer sa compétence. Les défendeurs peuvent même *concéder* la compétence et ne demander au tribunal que de renoncer à l'exercer. Dans ce cas, il n'est sans doute pas approprié de dire que le défendeur a *contesté* la compétence.

147. La manière dont ce dernier scénario doit être traité en vertu de l'alinéa (f) n'est pas parfaitement évidente. D'un côté, si on considère que le défendeur n'a pas contesté la compétence, la soumission à la compétence est établie. De l'autre, la dernière partie de l'alinéa (f) dispose qu'il est possible d'éviter une constatation de soumission à la compétence s'il n'y avait aucune chance que le tribunal renonce à exercer sa compétence. On peut donc comprendre, dans la formulation actuelle de l'alinéa (f), qu'il traite la règle du *forum non conveniens* comme un moyen de contester la compétence. Le fait que ce traitement de la règle du *forum non conveniens* ne coïncide pas avec celui que lui réservent les États qui l'autorisent peut être justifié dans le projet de Convention. Premièrement, le paragraphe premier traite des critères de compétence *indirects* qui ne sont pas censés avoir un impact sur les critères de compétence *directs* dans le tribunal d'origine. Le fait que la demande faite par un défendeur à un tribunal de renoncer à exercer sa compétence soit considérée comme un moyen de contester la compétence n'a pas d'implication sur la manière dont le même acte est envisagé dans le tribunal d'origine. Deuxièmement, si l'objectif de l'alinéa (f) est de limiter la soumission aux hypothèses dans lesquelles le consentement du défendeur est réel, il y a lieu de donner effet à toute indication de résistance à cette compétence de la part du défendeur, dans les formes permises par le droit procédural du tribunal d'origine, quelles qu'elles soient. Inversement, il y a lieu de donner effet au fait qu'un défendeur a l'opportunité de demander à un tribunal de renoncer à exercer sa compétence et qu'il ne s'en saisit pas ou qu'il ne démontre pas que cette demande était vouée à l'échec.

148. **Scénarios.** Concrètement, cela signifie qu'on peut imaginer plusieurs scénarios pour l'application des exceptions à la soumission prévues à l'alinéa (f).

- (i) Si la doctrine du *forum non conveniens* n'existait pas dans l'État d'origine :
 - (a) Le défendeur a contesté la compétence du tribunal d'origine. Cela évite de conclure à la soumission en appliquant simplement les conditions relatives à la soumission en vertu de l'alinéa (f).
 - (b) Le défendeur n'a pas contesté la compétence devant le tribunal d'origine parce qu'il était évident qu'une telle contestation était vouée à l'échec. Il n'y a pas de soumission en vertu de l'alinéa (f) en application de l'exception prévue dans la dernière partie de cet article.

(ii) Si la doctrine du *forum non conveniens* existait dans l'État d'origine :

(a) Le défendeur a contesté la compétence devant le tribunal d'origine mais il a en outre, à titre subsidiaire, invoqué le *forum non conveniens*. Là encore, il s'agit d'une situation manifeste de « non-soumission » en vertu de l'alinéa (f) basée sur la contestation explicite de la compétence. L'ajout de l'élément *forum non conveniens* confirme que le défendeur a contesté la compétence par tous les moyens dont il disposait.

(b) Le défendeur a seulement invoqué la doctrine du *forum non conveniens* devant le tribunal d'origine sans contester la compétence elle-même. Ce scénario se décline en deux versions :

(1) Le défendeur n'a pas contesté la compétence parce qu'une contestation était vouée à l'échec. Dans ce cas, il n'y a pas eu soumission et l'application de l'alinéa (f) ne pose pas de difficulté d'interprétation.

(2) Le défendeur n'a pas contesté la compétence alors que rien ne prouvait qu'une contestation aurait échoué. Une difficulté d'interprétation peut se poser dans cette hypothèse. Si la demande du défendeur au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence équivaut à « contester la compétence » en vertu de la première partie de l'alinéa (f), alors l'absence de contestation de la compétence n'empêchera pas en elle-même de conclure qu'il n'y a pas eu soumission, même si le défendeur ne peut pas démontrer ou n'a pas démontré qu'une contestation était vouée à l'échec. Si la demande adressée au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence n'est pas considérée comme une contestation de la compétence comme l'exige la première partie de l'alinéa (f), le résultat dans cette hypothèse n'est pas clair.

Dans ces deux versions du scénario (b), l'équivalence ou la non-équivalence de l'absence de contestation à une soumission en vertu du droit du tribunal d'origine ne devrait pas avoir d'importance. Étant donné que le projet de Convention ne contient que des critères de compétence indirects, ce n'est pas la façon dont le tribunal d'origine apprécie sa compétence qui intéresse le tribunal de l'État requis mais seulement la question de savoir si l'un des critères de compétence du paragraphe premier est satisfait. Et dans ces deux cas, il semble clair que le défendeur n'a pas souhaité poursuivre devant le tribunal d'origine ou a poursuivi en protestant. Cela pourrait suffire à étayer la conclusion qu'il n'y a pas eu de soumission à la compétence dans ces deux scénarios.

(c) Le défendeur *n'a pas contesté* la compétence et *n'a pas demandé* au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence. Là encore ce scénario se décline en plusieurs versions :

(1) Le défendeur peut démontrer qu'aucune des options n'avait de chance d'aboutir⁸⁵, ce qui conduira à conclure qu'il n'y a pas eu soumission en vertu de l'alinéa (f).

(2) Le défendeur peut démontrer que la contestation de la compétence elle-même était vouée à l'échec mais il ne peut démontrer qu'une demande de renoncer à l'exercice de la compétence aurait été vaine. Comme dans le scénario (b)(2) ci-dessus, cette situation pourrait présenter une difficulté d'interprétation. Si, en vertu du projet de Convention, demander au tribunal de renoncer à exercer sa compétence équivaut à contester celle-ci, le fait que le défendeur n'ait pas invoqué la règle du *forum non conveniens* alors qu'il en avait la possibilité, et son incapacité à prouver qu'une telle demande n'avait aucune chance d'aboutir pourrait conduire à conclure qu'il y a eu soumission en vertu de l'alinéa (f). Si la demande adressée au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence n'est pas considérée comme une contestation de la compétence comme l'exige la première partie de l'alinéa (f), le résultat dans ce scénario n'est pas clair. Il est possible que la capacité

⁸⁵ Notons que la disposition exige que le défendeur démontre qu'il est « évident » qu'une contestation de l'exercice de la compétence « aurait échoué ». Dans la pratique, cette démonstration peut être difficile.

du défendeur à démontrer qu'une contestation de la compétence elle-même était vouée à l'échec soit suffisante pour éviter une constatation de soumission sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'une demande de renonciation à l'exercice de la compétence (qui peut avoir été expressément concédée par le défendeur) n'a pas été tentée parce qu'elle était elle aussi vouée à l'échec⁸⁶.

Alinéa (g)

149. **Introduction.** Cet alinéa reconnaît un chef de compétence pour les jugements portant sur des obligations contractuelles. Le contenu de la règle résulte d'un compromis entre deux approches : d'une part, les États qui considèrent que le lieu d'exécution est un chef de compétence suffisant, sans autre condition, et, d'autre part, ceux qui exigent une appréciation plus « factuelle », basée sur les activités du défendeur dans l'État d'origine. On notera qu'étant donné la fréquence des accords d'élection de for ou des clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux, il est possible que cet alinéa ne soit que rarement invoqué au stade de l'exécution⁸⁷.

150. **Le lieu d'exécution comme point de départ.** Le point de départ de l'alinéa (g) illustre la première approche. Il définit un fondement pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement qui a statué sur une obligation contractuelle ayant un lien avec le lieu d'exécution de ladite obligation. Cette formulation signifie que la compétence peut varier en fonction de la source du litige qui oppose les parties. Ainsi, dans un contrat de vente de marchandises, si le vendeur introduit une demande en paiement, l'alinéa (g) reconnaîtra la compétence d'un tribunal du lieu où le paiement était dû, alors que si l'acheteur introduit une demande pour retard de livraison, il renverra aux tribunaux du lieu de livraison. Ce mécanisme diffère de celui d'autres instruments, tel le Règlement Bruxelles I *bis*, qui prévoit, pour certains types de contrats, un for contractuel unique qui ne change pas en fonction de l'obligation à la base de la demande⁸⁸.

151. **Le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle : accord entre les parties.** Le projet de Convention envisage deux possibilités quant à la détermination du lieu d'exécution des obligations contractuelles. La première situation se produit lorsque les termes du contrat précisent le lieu d'exécution de l'obligation en question. Dans ce cas, on considérera qu'un jugement rendu par un tribunal de ce lieu satisfait au critère de compétence visé à l'alinéa (g)(i). Il en est ainsi, que l'obligation y ait été exécutée ou non ; autrement dit, l'accord des parties quant au lieu d'exécution est déterminant⁸⁹. Dans la pratique, il est très fréquent que le lieu d'exécution soit prévu dans les conditions générales d'une des parties (ou des deux). La validité de ces clauses sera déterminée par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

152. **Loi applicable.** La deuxième situation se produit lorsqu'il n'y a pas d'accord sur le lieu d'exécution, autrement dit, dans le silence du contrat sur ce sujet. Il en va de même si l'accord sur le lieu d'exécution n'est pas valable. Dans ce cas, le lieu d'exécution devra être déterminé conformément à la loi du contrat. Le projet de Convention ne précise pas comment cette loi doit être déterminée et laisse donc cette opération à la loi de l'État requis, y compris à ses règles de droit international privé.

⁸⁶ Ces difficultés d'interprétation pourraient être résolues en modifiant le texte de l'alinéa (f) ou par une décision de la Commission spéciale sur le traitement de ce scénario, qui pourrait être incluse dans le Rapport explicatif.

⁸⁷ Pour les jugements rendus par le tribunal désigné dans un accord, voir alinéa (p) ci-dessous. Pour une discussion sur l'exclusion de l'arbitrage dans le projet de Convention, voir art. 2(3) ci-dessus.

⁸⁸ Voir art. 7(1) du Règlement Bruxelles I *bis*.

⁸⁹ Lorsque les termes du contrat ne précisent pas le lieu d'exécution mais que les parties ont inséré une clause de loi applicable dans leur contrat, cette situation relève-t-elle du premier ou du deuxième scénario ? Étant donné que l'alinéa (g) évoque la situation dans laquelle le lieu d'exécution est déterminé conformément à « l'accord des parties », on peut arguer que cet accord comprend un accord sur la loi applicable, qui précisera le lieu d'exécution de l'obligation en question. Cependant, comme il est indiqué pour le deuxième scénario, le projet de Convention n'énonce pas de règles de choix de loi pour les contrats. Il est possible que dans un État requis, la clause de choix de loi des parties ne produise aucun effet ou ne produise qu'un effet limité en vertu de l'alinéa (g)(ii). Aussi, pour rester en cohérence avec le champ d'application du projet de Convention, qui n'entend pas fixer de règles de choix de loi, il pourrait être préférable de limiter le premier scénario aux hypothèses dans lesquelles les termes du contrat précisent directement le lieu d'exécution. Dans le silence du contrat, la situation relève du deuxième scénario et il reviendra à la loi du tribunal d'origine de déterminer comment traiter l'accord des parties sur la loi applicable au contrat.

153. **Exemple.** A introduit contre B dans l'État X une demande en paiement de certaines marchandises livrées à B dans l'État Y. Le contrat a été conclu par téléphone et les parties n'ont pas désigné de lieu de paiement. Dans ce cas, si A obtient un jugement en sa faveur, celui-ci sera reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (g) si, conformément à la loi du contrat, le lieu de paiement était l'État X. La loi de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé, déterminera quelle loi régit le contrat.

154. **Protection : un « lien intentionnel et substantiel » avec l'État d'origine.** L'alinéa (g) reconnaît la compétence exercée dans l'État du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle litigieuse. Cependant, en particulier lorsque les parties n'ont pas désigné de lieu d'exécution et n'ont pas choisi de loi applicable, le lieu d'exécution désigné par les règles de choix de loi de l'État requis peut se révéler arbitraire, aléatoire ou insuffisamment connecté à l'opération entre les parties. Reconnaître la compétence de l'État de ce lieu pourrait alors être considéré inéquitable à l'égard du défendeur. C'est pourquoi, pour régler ce problème, le projet de Convention autorise le défendeur à s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement rendu dans l'État du lieu d'exécution au motif que les activités du défendeur relatives à la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État. La formulation de cette clause à l'alinéa (g) fait porter la charge de la preuve au défendeur (« à moins que ») et impose un seuil élevé (« ne présentaient manifestement pas »).

155. Cette clause n'a aucun équivalent, ni dans d'autres instruments ni dans les droits internes, bien qu'on puisse considérer qu'elle reflète des préoccupations présentes dans certains systèmes concernant l'équité accordée aux défendeurs étrangers ou leurs droits à un procès équitable⁹⁰. Les adjectifs « intentionnel et substantiel » visent à éviter des critères de compétence géographiques arbitraires, aléatoires ou qui ne présentent pas de lien suffisant avec la transaction entre les parties⁹¹. Ainsi, par exemple, lorsque le *seul* lien entre le jugement et le tribunal d'origine est le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, l'alinéa (g) permettra à un défendeur étranger de s'opposer à l'exécution aux motifs qu'il n'avait manifestement pas l'intention d'exercer des activités suffisamment importantes dans cet État pour que sa compétence sur ce défendeur soit justifiée.

Alinéa (h)

156. Cette disposition est un compromis entre deux visions opposées des baux immobiliers. Dans certains États et territoires, les baux immobiliers sont traités de la même façon que des droits réels, et les demandes qui les concernent sont soumises à la compétence *exclusive* de l'État dans lequel l'immeuble est situé. Dans d'autres États et territoires en revanche, les baux sont traités comme des contrats (c.-à-d. des droits personnels) sans exclusivité accordée aux tribunaux de l'État dans lequel l'immeuble est situé pour les demandes portant sur le bail.

157. Le projet de Convention prend la deuxième approche pour point de départ. Aux termes de l'alinéa (h), un jugement qui porte sur un bail immobilier est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu dans l'État où est situé l'immeuble. Toutefois, cette disposition n'exclut pas l'application d'autres critères de compétence, tel celui de l'alinéa (a), la résidence habituelle du défendeur. Ainsi, un jugement rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle (l'État X) circulera en vertu du projet de Convention même s'il portait sur un bail relatif à un bien immobilier situé dans un autre État (État Y). Cependant, la notion de droit réel est conservée à l'article 6(c), qui pose une exception à cette règle, mais seulement pour les baux de longue durée et seulement lorsque la loi de l'État où l'immeuble est situé considère qu'il a compétence exclusive sur cette matière.

Alinéa (i)

158. Cette disposition vise à reconnaître l'efficacité résultant de la possibilité de joindre, en une seule procédure, une demande portant sur une obligation contractuelle garantie par un

⁹⁰ Voir R. A. Brand et C. M. Mariottini, « Note sur le concept de " lien intentionnel et substantiel " visé à l'article 5(1)(g) et 5(1)(n)(ii) du projet de Convention de février 2017 », Doc. prélim. No 6 de septembre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Jugements », puis « Commission spéciale sur le projet sur les Jugements »).

⁹¹ Voir *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985), en particulier le juge Brennan p. 478 et 479.

droit réel et une demande relative à ce droit réel⁹². Aux termes de l'article 6(1), l'État dans lequel l'immeuble est situé est seul compétent sur les demandes portant sur des droits réels. Sans l'alinéa (i), il ne serait peut-être pas possible de reconnaître un jugement portant sur la demande contractuelle connexe introduite dans cet État lorsque, par exemple, le débiteur n'y avait pas sa résidence habituelle dans cet État (alinéa (a)) ou que les paiements n'y étaient pas dus (alinéa (g)).

159. **Exemple.** D, qui réside habituellement dans l'État X, achète un immeuble dans l'État Y, garanti par une hypothèque consentie par une banque de l'État Z. La convention d'hypothèque prévoit que les paiements sont dus dans l'État Z. D manque à ses obligations de paiement en vertu de l'hypothèque et la banque engage une procédure dans l'État Y afin d'obtenir la vente judiciaire du bien ainsi qu'un jugement contre D pour toute insuffisance subsistant après la vente judiciaire. Le bien est vendu pour un montant inférieur à la somme restant due au titre de l'hypothèque. Le jugement du tribunal dans l'État Y déclarant D responsable de l'insuffisance pourra être exécuté dans l'État X en vertu de l'alinéa (i).

Alinéa (j)

160. **Introduction.** Cet alinéa définit le critère de compétence pour la reconnaissance et l'exécution des jugements dans des matières portant sur des obligations non contractuelles. Là encore, il faut rappeler qu'il n'est pas nécessaire que ce lien soit présent si la personne contre laquelle l'exécution est demandée avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine au moment à considérer (alinéa (a)). En ce qui concerne le défendeur devant le tribunal d'origine, cette disposition serait donc limitée à des jugements portant sur des demandes à l'encontre de défendeurs étrangers devant le tribunal d'origine. Et il est certain que ce sont les hypothèses dans lesquelles l'exécution hors de l'État d'origine est la plus probable, à supposer que le défendeur soit jugé responsable et condamné à payer une réparation.

161. Le projet de Convention ne définit pas les obligations non contractuelles, de même qu'il ne définit pas non plus les obligations contractuelles à l'alinéa (g). En principe, ces notions doivent être définies de manière autonome par les juridictions nationales afin de promouvoir une application uniforme du projet de Convention (voir art. 23). Dans le cas de cet alinéa, le champ d'application est implicitement délimité par le fait qu'il est défini en fonction du type de préjudice subi.

162. **Obligations non contractuelles résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel.** Les demandes portant sur des obligations non contractuelles ne sont pas toutes couvertes par cette disposition. Son champ d'application se limite aux obligations résultant de deux types de dommages : les dommages aux personnes et les dommages aux biens. En outre, même à l'intérieur de ces catégories, il est circonscrit aux dommages corporels (décès compris) subis par une personne et aux dommages aux biens corporels (dommage ou perte). Cet article ne s'appliquera pas lorsque la demande introduite devant le tribunal d'origine est fondée sur des pertes sans lien avec un dommage corporel ou avec un dommage à un bien corporel.

162bis. Le lieu où s'est produit l'acte ou l'omission à l'origine du dommage. Le projet de Convention a adopté un chef de compétence indirecte étroit pour les obligations non contractuelles en ne retenant que le lieu de l'acte (ou de l'omission) directement à l'origine du dommage. Il se distingue ainsi d'autres systèmes juridiques qui reconnaissent également la compétence exercée par le tribunal de l'État où s'est produit le dommage⁹³. L'association de la limite posée aux types de dommages notée plus haut et de la restriction à un seul critère de compétence noté ici peut réduire ou dissiper les difficultés d'interprétation qui se posent souvent dans d'autres systèmes. À titre d'exemple, les arguments selon lesquels certains types de dommages corporels sont seulement « indirects » concernent souvent des dommages non corporels subis par des victimes par ricochet, dont le préjudice résulte d'un dommage corporel,

⁹² La jonction de ces deux demandes en une seule procédure est prévisible dans les États ou territoires où la réalisation d'une sûreté sur un immeuble est opérée par la voie judiciaire. Lorsque la réalisation peut être opérée unilatéralement par le créancier, c'est-à-dire lorsque l'exécution extrajudiciaire est autorisée, il suffira d'introduire la demande portant sur l'insuffisance finale, ce qui réduit l'intérêt de cet alinéa pour ces systèmes juridiques.

⁹³ Bien entendu, ce n'est pertinent que si ce lieu n'est pas celui de l'acte ou de l'omission. Voir Règlement Bruxelles I *bis*, art. 7(2) tel qu'interprété par la CJUE ; voir aussi Rapport Nygh/Pocar, para 135 à 149.

décès compris, subi par une autre personne. Un exemple évident est celui d'un conjoint ou d'un enfant alléguant un préjudice moral ou économique consécutif au décès d'un conjoint ou d'un parent imputable à un acte délictueux. Étant donné que l'alinéa (j) exclut les dommages non corporels et qu'il traite des préjudices directs, il est possible qu'il ne couvre pas les demandes de personnes à charge fondées sur un décès dû à une faute délictuelle. À l'inverse, puisque l'alinéa (j) traite des obligations non contractuelles *découlant* d'un décès, il est bien possible que ces demandes émanant de personnes à charge soient incluses dans ce critère de compétence.

163. Cela étant, la formulation de l'alinéa (j) dispense de déterminer si les douleurs et les souffrances qui perdurent dans l'État d'origine à la suite d'un dommage corporel subi dans un autre État sont suffisantes pour justifier la compétence dans l'État d'origine⁹⁴. La restriction de l'alinéa (j) au lieu où s'est produit le dommage ne laisse plus de place pour un autre critère de compétence fondé sur le lieu de la « blessure permanente ». Cela risque de ne pas suffire à régler toutes les difficultés d'interprétation relatives à l'exclusion du lieu du dommage à l'alinéa (j). Il semblerait, par exemple, qu'un jugement prononcé contre un fabricant étranger dans l'État où le demandeur prétend que le dommage corporel s'est produit ne satisfait pas aux conditions énoncées à l'alinéa (j) si l'on considère que l'acte (défaut de conception ou de production) a été commis dans l'État où se situe le fabricant. Cependant, si la demande porte sur une allégation d'absence d'avertissement, on pourrait arguer que cette omission s'est produite sur le lieu du dommage corporel, où le produit a été vendu ou utilisé⁹⁵. Si l'État requis considère que le lieu de l'omission est plus une question de droit qu'une question de fait, le champ d'application de l'alinéa (j) peut varier en fonction du traitement réservé à cette question dans l'État requis⁹⁶.

[Alinéa (k)]

164. **[Introduction.** Les alinéas (k), (l) et (m) concernent les jugements portant sur certaines demandes en matière de propriété intellectuelle. Le projet de Convention opère une distinction entre les droits de propriété intellectuelle enregistrés et non enregistrés. L'alinéa (k) concerne les jugements portant sur la contrefaçon d'un brevet, d'une marque ou d'un droit similaire donnant lieu à délivrance, octroi ou enregistrement, c'est-à-dire les droits de propriété intellectuelle qui naissent à l'enregistrement. Les alinéas (l) et (m) concernent les jugements portant sur la titularité, l'existence ou la contrefaçon de droits d'auteur ou de droits voisins dont l'enregistrement n'est pas nécessaire.

165. **Droits enregistrés.** L'alinéa (k) énonce un critère de compétence pour les droits de propriété intellectuelle donnant lieu à délivrance, octroi ou enregistrement, c'est-à-dire les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels ou les droits d'obtention végétale (« droits de propriété intellectuelle enregistrés »). Selon cette disposition, un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il portait sur une contrefaçon d'un tel droit et s'il a été rendu par un tribunal de l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit concerné (i) a été effectué ou (ii) est réputé avoir été effectué en vertu d'un instrument international ou régional, c'est-à-dire l'« État d'enregistrement ». L'alinéa (k) prévoit une garantie formulée comme une exception aux critères ci-dessus qui vise principalement à gérer les situations dans lesquelles la contrefaçon s'est produite via des médias numériques : même s'il a été rendu dans l'État d'enregistrement, le jugement ne sera pas susceptible d'être reconnu ou exécuté si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins de contrefaçon ou si l'on ne peut raisonnablement considérer que son activité visait cet État.

166. **Raisonnement.** En principe, un droit de propriété intellectuelle est territorial, c'est-à-dire que l'existence de ce droit et les prérogatives attachées à son titulaire se limitent au territoire de l'État qui le consent. La territorialité de ces droits a un impact évident sur la dimension du conflit de lois. L'existence et le contenu d'un droit de propriété intellectuelle ne peuvent être déterminés que par la loi de l'État qui le consent, et il en va de même des prérogatives du titulaire du droit et de toutes les contrefaçons de ce droit. Il ne peut y avoir contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle que dans l'État où il existe et est protégé. La

⁹⁴ Voir *Club Resorts c. Van Breda*, 2012 SCC 17, para. 89 (Cour suprême du Canada).

⁹⁵ De fait, la détermination du lieu d'une omission est notoirement difficile. Voir H. P. Glenn, « Where is an omission? », *Canadian Bar Review*, vol. 59 (840), 1981.

⁹⁶ Autrement dit, le tribunal requis peut se référer à son droit interne ou à la loi applicable à la question conformément à ses règles de choix de loi. Rapport Nygh/Pocar, para. 141.

contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État X ne peut intervenir que dans l'État X ; il est inconcevable qu'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État X puisse être contrefait dans l'État Y. Le principe de territorialité exige que soit appliquée la *lex loci protectionis*, à savoir la loi de l'État *pour lequel* la protection est demandée, pour déterminer l'existence, la teneur et la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Du point de vue de la compétence, il est donc raisonnable que les tribunaux de l'État qui consent le droit en question aient compétence sur ses contrefaçons. De façon générale, tant la proximité du tribunal avec les circonstances de fait pertinentes pour la décision que la commodité d'application du droit interne en vertu du principe *lex loci protectionis* plaident en faveur de la reconnaissance de la compétence aux tribunaux de l'État d'enregistrement du droit en question. Conformément à l'alinéa (k), les jugements rendus par ces tribunaux sont susceptibles d'être reconnus et exécutés en vertu du projet de Convention.

167. **Relations avec les autres dispositions.** L'alinéa (k) doit être lu avec l'article 6(1). Le champ d'application de l'alinéa (k) porte sur les jugements statuant sur la *contrefaçon* d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou d'un modèle ou de droits voisins, tandis que l'article 6 concerne les jugements statuant sur la *validité et l'enregistrement* de ces droits. L'article 6 instaure un chef de compétence exclusif en faveur de l'État dans lequel la délivrance ou l'enregistrement (i) a été demandé, (ii) a été effectué ou (iii) est réputé avoir été demandé ou être effectué en vertu d'un instrument international ou régional. Les deux dispositions sont fondées sur le même facteur de rattachement⁹⁷. Pour les raisons exposées ci-dessus, il est raisonnable de conclure que les tribunaux de l'État en vertu du droit duquel le droit de propriété intellectuelle est créé sont également compétents pour statuer sur les litiges portant sur la contrefaçon de ce droit. En conséquence, si un acte porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle enregistrés dans plusieurs États, un jugement ne sera susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (k) que dans la mesure où il statuait sur une contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État d'origine.

168. Notons toutefois qu'un jugement portant sur la contrefaçon d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou modèle industriel ou d'un droit voisin peut circuler en vertu du projet de Convention s'il satisfait à d'autres critères de compétence énoncés à l'article 5, par exemple, la résidence habituelle du défendeur.

169. Différents États pourraient ainsi produire un jugement portant sur la contrefaçon d'un droit enregistré susceptible d'être reconnu et exécuté si ces jugements satisfont à un autre chef de compétence prévu par le projet de Convention. Ainsi, si A introduit une demande contre B dans l'État X, alléguant la contrefaçon d'un brevet enregistré dans cet État, le jugement qui s'ensuivra sera susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (k) car le tribunal d'origine est un tribunal de l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle concerné est enregistré. Mais si A introduit une demande contre B dans l'État Y, où B a sa résidence habituelle, alléguant la contrefaçon d'un brevet déposé dans l'État X, ce jugement sera lui aussi susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'article 5(1)(a) du projet de Convention. Naturellement, dans ce deuxième cas, et conformément au principe de territorialité, le tribunal de l'État Y devrait appliquer la loi de l'État X pour statuer sur le fond du litige, à savoir déterminer s'il y a eu contrefaçon du brevet ou non, car la contrefaçon ne peut se produire que dans l'État où le droit de propriété intellectuelle existe⁹⁸. Si, dans cet exemple, la question de la validité du brevet est soulevée à titre préalable devant le tribunal de l'État Y, l'article 8 s'appliquera et il est possible que le jugement ne soit pas reconnu en vertu de l'article 8(2).

⁹⁷ Notons toutefois que la formulation est différente de celle du facteur de rattachement prévu à l'article 6. Le même facteur de rattachement apparaît deux fois sous différentes formes : la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement « a été demandé », ou en vertu de la disposition de présomption selon laquelle il « est réputé avoir été demandé ou effectué » (qui couvre les actions dont la législation nationale autorise l'ouverture au stade de la demande de brevet). Cela n'est pas compris dans l'alinéa (k).

⁹⁸ Soulignons la différence entre l'État où la protection est recherchée (l'État Y dans l'exemple) et l'État *pour lequel* la protection est recherchée, c'est à dire le *locus protectionis* (État X).

170. **Droits de propriété intellectuelle enregistrés.** L'alinéa (k) inclut expressément les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels⁹⁹, les droits d'obtention végétale¹⁰⁰ ou les droits voisins¹⁰¹ donnant lieu à délivrance, octroi ou enregistrement. Cette disposition n'a pas pour objet d'établir une liste fermée des droits de propriété intellectuelle enregistrés. La question de savoir si un droit de propriété intellectuelle « donne[e] lieu à délivrance, octroi ou enregistrement » doit être tranchée par la loi de l'État requis même si, en règle générale, la conclusion sera la même en vertu de la loi de l'État d'origine et de celle de l'État requis car ce domaine est très harmonisé. Il s'ensuit que les droits de propriété intellectuelle qui peuvent être volontairement enregistrés, comme le copyright dans certains États ou territoires, ne sont pas couverts par la disposition car ces droits n'exigent pas d'enregistrement. C'est le cas si l'enregistrement volontaire confère certains avantages, comme la présomption légale de titularité.

171. **Facteur de rattachement.** L'alinéa (k) utilise la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit comme facteur de rattachement. Un jugement portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu par un tribunal de l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué, ou est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional. L'expression « est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional » vise les situations dans lesquelles, en vertu d'un instrument international ou régional, la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit est obtenu par une procédure d'enregistrement unique pour un ou plusieurs États. C'est le cas notamment du brevet européen en vertu de la Convention de Munich¹⁰². Cet instrument instaure une procédure internationale de demande de brevet commune aux États parties à cette Convention, centralisée à l'office de Munich, bien que le brevet qui est ensuite délivré soit national. Une procédure unique de demande et d'examen aboutit à la délivrance d'un ensemble de brevets nationaux. Dans ces cas, l'alinéa (k) ne renvoie pas à l'État dans lequel l'enregistrement du droit concerné ou le dépôt de la demande a été effectué, mais à l'État pour lequel la protection est octroyée, c'est-à-dire à l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle est réputé délivré, octroyé ou enregistré conformément aux termes de l'instrument applicable. Cela peut naturellement nécessiter un examen des termes de l'instrument en vertu duquel le brevet a été délivré. Il en va de même pour le *Traité de coopération en matière de brevet*, administré par l'OMPI et pour les systèmes de Madrid, de La Haye et de Lisbonne¹⁰³. [Pour les droits et les tribunaux supranationaux, voir l'art. 22]

172. **Dépôt.** L'alinéa (k) mentionne « la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement ». Dans les systèmes de propriété intellectuelle, la terminologie couramment employée pour décrire l'acte qui donne naissance aux droits de propriété intellectuelle est l'« enregistrement » pour les

⁹⁹ Le terme « dessins et modèles industriels » est employé dans la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (art. 4 et 5 *quinquies*) et dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (ci-après, « Accord sur les ADPIC ») (art. 25 et 26).

¹⁰⁰ La protection des droits d'obtention végétale est envisagée dans l'Accord sur les ADPIC par des brevets, par un système *sui generis* efficace ou par une combinaison de ces deux moyens ; voir art. 27(3)(b). La plupart des pays ont instauré un système de protection des variétés végétales en vertu de la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales* du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 (Convention UPOV).

¹⁰¹ L'expression « droits voisins » recouvre par exemple les « modèles d'utilité » ou les « certificats complémentaires de protection » protégés par le droit de l'Union européenne. Ce sont des droits de propriété intellectuelle *sui generis* qui servent à prolonger un brevet lorsque la durée de protection conférée par celui-ci a expiré afin de compenser le délai d'obtention d'une autorisation de mise sur le marché du produit. Dans d'autres systèmes juridiques, des résultats comparables sont obtenus par les opérations de « prorogation de délai d'un brevet » ou de « rétablissement de la durée d'un brevet ».

¹⁰² Voir art. 2 de la Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen) du 5 octobre 1973 telle que révisée par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000 (ci-après, la « CBE de 2000 »).

¹⁰³ Voir art. 31 à 42 du *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT), fait à Washington le 19 juin 1970, modifié le 28 septembre 1979, le 3 février 1984 et le 3 octobre 2001 (ci-après, le « Traité de coopération en matière de brevets ») ; art. 5(2)(e) du *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*, adopté à Madrid le 27 juin 1989, modifié le 3 octobre 2006 et le 12 novembre 2007 (ci-après, le « Protocole relatif à l'arrangement de Madrid ») ; l'*Acte de Genève de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels adopté à Genève le 2 juillet 1999* (ci-après, l'« Arrangement de La Haye ») ; l'*Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne sur les appellations d'origine et les indications géographiques et règlement d'exécution de l'Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne sur les appellations d'origine et les indications géographiques*.

marques ainsi que les dessins et modèles industriels, et l'« octroi » ou la « délivrance » pour les brevets, les brevets de dessin ou modèle et les droits d'obtention végétale¹⁰⁴. Dans certains États ou territoires, le dépôt ou la demande est la première étape de la procédure à suivre pour obtenir la protection totale du droit, mais cette première démarche déclenche une forme de protection, c'est-à-dire que le droit peut naître des étapes de la procédure et des formalités qui précèdent la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement effectifs. La Commission spéciale a discuté de l'inclusion du terme « dépôt » mais a finalement rejeté ce terme¹⁰⁵. Néanmoins, l'alinéa (k) s'applique également aux États et territoires dans lesquels l'enregistrement n'est pas toujours soumis à une forme ou une autre d'examen préalable. L'expression « droits enregistrés » ou « droits donnant lieu à enregistrement » doit donc être entendue largement pour inclure les droits qui naissent de formalités impliquant des autorités administratives publiques, qui peuvent inclure le dépôt (ou la demande)¹⁰⁶.

173. **Contrefaçon ubiquitaire.** L'alinéa (k) prévoit une garantie visant à protéger un défendeur contre les demandes introduites dans des États ou territoires imprévisibles ou dans des États ou territoires qui ne présentent pas de lien substantiel avec le litige. Même si le jugement a été rendu dans l'État où le droit de propriété intellectuelle est délivré, octroyé ou enregistré, il ne sera pas susceptible d'être reconnu ou exécuté si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins de contrefaçon, ou bien si on ne peut raisonnablement considérer que son activité visait cet État. Cette garantie est basée sur l'article 2:202 des Principes sur les conflits de lois en matière de propriété intellectuelle de 2011¹⁰⁷.

174. Cette garantie s'applique habituellement aux contrefaçons commises par le biais de médias ubiquitaires comme Internet. En principe, une contrefaçon commise par Internet affecte les droits de propriété intellectuelle qui existent en vertu des droits nationaux dans le monde entier, car ce moyen de communication est accessible partout. Cela impliquerait que le contrefacteur allégué pourrait être poursuivi dans tout État, même lorsque la contrefaçon n'a que des effets marginaux, et que le jugement qui en résulte devrait être susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention. Ce risque est particulièrement important si la loi de l'État d'origine considère la simple accessibilité d'un site Internet comme une violation des droits de propriété intellectuelle enregistrés dans cet État. L'alinéa (k) nuance ainsi le comportement que doit avoir un défendeur pour satisfaire au critère de compétence fondé sur le lieu de la contrefaçon. Le critère de compétence n'est pas satisfait (i) si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins de contrefaçon (« critère fondé sur les actes ») ou (ii) si son activité ne visait pas cet État (« critère fondé sur la cible »). Cette seconde situation est exprimée de manière objective, à savoir : l'activité du défendeur « ne peut raisonnablement être considérée comme ayant visé cet État ». Elle doit être appréciée par le tribunal de l'État requis en tenant compte de tous les éléments des activités du défendeur d'un point de vue objectif.]

[Alinéas (l) et (m)]

175. **[Droits non enregistrés.** Les alinéas (l) et (m) contiennent deux autres critères concernant les droits d'auteur et les droits voisins, c'est-à-dire les droits qu'il n'est pas obligatoire d'enregistrer. En général, ces dispositions s'appliquent aux droits de propriété intellectuelle qui naissent sans demande, examen ou système d'enregistrement particulier¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Voir Doc. trav. No 77 de février 2017, « Observations soumises par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017).

¹⁰⁵ Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 10, para. 62 à 79.

¹⁰⁶ Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 5, para. 37.

¹⁰⁷ Voir European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013 (ci-après, « Principes CLIP ») ; voir aussi « Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes (avec les notes explicatives) », adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à la trente-sixième série de réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI, 24 septembre - 3 octobre 2001 ; et American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, para. 204(1) et (2).

¹⁰⁸ Voir la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914

Cette catégorie comprend les droits d'auteur et les droits voisins [ou les marques de commerce fondées sur l'usage, les noms commerciaux ou les dessins et modèles non enregistrés] [ou les autres droits de propriété intellectuelle dont l'enregistrement n'est pas obligatoire]. Les droits voisins recouvrent les droits des artistes-interprètes ou exécutants (comme les acteurs et les musiciens) sur leurs prestations, les droits des producteurs de phonogrammes sur leurs phonogrammes et les droits des organismes de diffusion sur leurs émissions radiodiffusées et leurs émissions de télévision¹⁰⁹. Les secrets commerciaux ne sont pas considérés comme des droits de propriété intellectuelle et ne sont donc pas couverts par cette disposition¹¹⁰.

176. Bien que le facteur de rattachement soit le même – le droit de propriété intellectuelle non enregistré doit être régi par la loi de l'État d'origine – le projet de Convention contient deux dispositions différentes aux alinéas (l) et (m), le premier concernant les jugements portant sur la *titularité ou l'existence* de ces droits de propriété intellectuelle, le second concernant les jugements portant sur la *contrefaçon* de ces droits. Le projet de Convention distingue entre ces deux catégories de jugement sur les droits de propriété intellectuelle non enregistrés, car la seconde catégorie exige une garantie visant à protéger le défendeur dans les cas de contrefaçon ubiquitaire.

177. **Jugements portant sur la titularité ou l'existence.** L'alinéa (l) énonce un critère de compétence pour les jugements portant sur la titularité ou l'existence de droits de propriété intellectuelle non enregistrés. Les termes « titularité » ou « existence » sont couramment associés aux droits d'auteur et aux droits voisins¹¹¹. Le terme « titularité » renvoie à la personne qui est titulaire du droit d'auteur et sa présence facilite l'application de cette disposition dans les systèmes où le créateur n'est pas nécessairement le premier propriétaire de l'œuvre. Ainsi, dans certains systèmes juridiques, l'employeur est propriétaire de l'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi. Le terme « titularité » recouvre aussi la notion de « droit » aux fins des États ou territoires qui séparent la titularité du droit¹¹² ; par exemple, dans le cadre des successions dans certains États, les héritiers peuvent avoir un droit à l'œuvre sans en être encore propriétaires. L'intention de cette disposition est d'englober ces cas de figure dans la définition du terme « titularité ». Le terme « existence » renvoie à la naissance du droit d'auteur et à la durée de protection, c'est-à-dire à la date à laquelle il s'éteint. Les jugements portant sur la titularité et l'existence d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin sont susceptibles d'être reconnus et exécutés si le droit en question est régi par la loi de l'État d'origine. Notons que dans ce cas, le projet de Convention n'exclut pas l'application d'autres critères de compétence, comme la résidence habituelle (voir, *supra*, para. 168). Les droits non enregistrés ne sont pas couverts par la disposition concernant les fondements exclusifs de la compétence (voir, *infra*, art. 6)¹¹³.

178. **Détermination de la loi qui régit le droit.** Le facteur de rattachement retenu à l'alinéa (l) est que le droit concerné doit être régi par la loi de l'État d'origine. La version originale de cette disposition renvoyait aux « droits qui sont nés en vertu de la loi de l'État d'origine » (c.-à-d. à la *lex creationis*), mais cette notion a été écartée afin d'éviter que le verbe « sont nés » dans cet article ne soit interprété comme une invitation pour le tribunal de l'État requis à entreprendre une révision au fond¹¹⁴. En outre, l'expression « régi par la loi de l'État d'origine » est plus conforme aux instruments de droit international privé. En tout état de cause, ce sont les règles de conflit de lois de l'État requis qui déterminent quelle loi régit un droit de propriété intellectuelle non enregistré. En matière de droits d'auteur, certains États et territoires suivent le principe *lex loci protectionis*, tandis que d'autres suivent le principe *lex originis*. Dans l'application de l'alinéa (l), les règles de conflit de lois de l'État requis détermineront les critères pertinents, à savoir si la loi qui régit la titularité et l'existence du droit en question est la loi de l'État d'origine et, par conséquent, si le jugement satisfait à ce critère de compétence ou non.

et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979 (ci-après, la « Convention de Berne »).

¹⁰⁹ Voir Rapport Hartley/Dogauchi, para. 73, comportant d'autres références aux ADPIC.

¹¹⁰ Voir art. 2 de la Convention de Berne.

¹¹¹ Voir Doc. trav. No 77 de septembre 2016, « Observations soumises par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)), para. 23.

¹¹² Voir art. 2:205 des Principes CLIP.

¹¹³ Voir aussi Rapport Nygh/Pocar, para. 174.

¹¹⁴ Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 5, para. 37.

179. **Jugements portant sur la contrefaçon.** L'alinéa (m) énonce un critère de compétence pour les jugements portant sur la *contrefaçon* de droits d'auteur ou de droits voisins. En principe, la règle est la même que celle qui est énoncée pour la titularité et l'existence. Ainsi, si, conformément aux règles de conflit de lois de l'État requis, l'État d'origine est l'État dont la loi régit le droit en question, le jugement sera susceptible d'être reconnu et exécuté. Exemple : si A introduit une demande contre B dans l'État X pour contrefaçon d'un droit d'auteur régi par le droit de l'État X (déterminé par les règles de conflit de lois de l'État requis), le jugement qui s'ensuit sera susceptible d'être reconnu et exécuté dans l'État requis en vertu de l'alinéa (m). Cela parce que le tribunal d'origine est un tribunal de l'État dont la loi régit le droit en question. La référence au fait que « le droit est régi par le droit de l'État d'origine » implique nécessairement que le jugement ne pouvait porter que sur des dommages nés dans cet État. Notons toutefois que dans cet exemple, A peut aussi introduire une procédure contre B dans l'État Y, par exemple où B réside habituellement, et que ce jugement sera également susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention.

180. **Garantie.** L'alinéa (m) prévoit une garantie destinée à protéger les intérêts d'un défendeur dans les cas de contrefaçon ubiquitaire, parallèle à celle qui est prévue à l'alinéa (k) (voir, *supra*, para. 173 et 174).]

Alinéa (n)

181. **Introduction.** Cet alinéa s'applique aux jugements portant sur la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust¹¹⁵. Comme il le précise dans sa dernière partie, l'alinéa (n) ne couvre que les jugements portant sur les aspects internes du trust. Les jugements portant sur des litiges entre les parties au trust et des tiers doivent être considérés en vertu des autres dispositions du paragraphe premier.

182. **Trusts.** Le terme « trust » n'est pas défini dans le projet de Convention. C'est essentiellement une notion de *common law* qui n'est pas toujours connue dans les autres systèmes juridiques. Cependant, il est défini à l'article 2 de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (la « Convention Trusts de 1985 ») aux fins de cette Convention¹¹⁶. Étant donné que cette définition énumère les attributs d'un trust conformément aux notions existant en *common law*, il sera intéressant de la consulter dans l'hypothèse où se poserait une question de définition¹¹⁷.

183. Cet alinéa s'applique à un trust constitué volontairement par acte entre vifs ou par testament et documenté par écrit¹¹⁸. Il ne couvre pas les situations dans lesquelles en *common law*, un « *resulting trust* » ou un « *constructive trust* » est imposé par la loi. Bien que le trust doit être constitué 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. L'exclusion des testaments et successions du champ d'application matériel du projet de Convention (art. 2(1)(d)) ne fait pas obstacle à l'inclusion des trusts créés par voie testamentaire à l'alinéa (n). L'exclusion signifie que sont exclues les questions préalables, telles les questions portant sur la validité du testament et son interprétation, même dans la mesure où elles concernent la validité et la signification du trust. En revanche relèvent de l'alinéa (n) les questions susceptibles de se poser au cours de l'administration d'un trust valablement créé par voie testamentaire¹¹⁹.

184. **Désignation d'un État pour la résolution des litiges énumérés.** L'alinéa (n) envisage trois chefs de compétence en fonction de la teneur de l'instrument attestant la création du trust. La première option prévue à l'alinéa (n) est la situation dans laquelle l'acte constitutif du trust désigne les tribunaux d'un État pour trancher les litiges relatifs à la validité, à l'interprétation, aux effets, à l'administration ou à la modification du trust. Si cet État est l'État d'origine, le critère de compétence est satisfait. Le langage de l'alinéa (n)(i) n'exige pas que la désignation

¹¹⁵ Aux termes de l'art. 8 de la Convention Trusts de 1985, qui reflète sur ce point la doctrine établie en *common law*, ces matières sont déterminées par la loi qui régit le trust.

¹¹⁶ Cette Convention est en vigueur dans 14 États contractants : Australie, Canada, République populaire de Chine (RAS de Hong Kong), Chypre, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Monaco, Paraguay, Pays-Bas, Royaume-Uni, Saint-Marin et Suisse.

¹¹⁷ Rapport Nygh/Pocar, para. 150.

¹¹⁸ C'est également la limite de l'application de la Convention Trusts de 1985 (voir art. 3).

¹¹⁹ Voir, pour une exclusion similaire, la Convention Trusts de 1985 (art. 4).

dans l'acte soit exclusive. En outre, la désignation doit figurer dans l'acte au moment de l'introduction de l'instance. Aucune modification à cet égard ne pourra faire obstacle à la reconnaissance du jugement à une date ultérieure.

185. **Désignation de la loi qui régit la question.** La deuxième option peut s'appliquer si l'acte constitutif du trust désigne la loi de l'État d'origine comme étant la loi qui régit l'élément du trust objet du jugement. Cette désignation peut être expresse ou implicite. Ce critère de compétence peut être justifié par le fait qu'un État dont la loi régit l'acte constitutif du trust est particulièrement bien placé pour trancher le litige conformément à son propre droit et, puisque l'alinéa (n) se limite aux litiges internes au trust, ce raisonnement est sans doute conforme aux attentes des parties au litige. En exigeant une désignation expresse ou implicite, cette disposition ne crée pas de lien de compétence avec l'État d'origine dont la loi s'appliquerait en l'absence de désignation dans l'instrument¹²⁰. Étant donné la nature du facteur de rattachement, à savoir que la loi applicable doit être la loi de l'État d'origine, il n'est pas nécessaire, dans cette deuxième option, d'insérer une référence temporelle.

186. **Désignation du lieu d'administration du trust.** La troisième option exige que l'acte constitutif du trust désigne, de façon expresse ou implicite, l'État dans lequel se situe le lieu principal d'administration du trust. Lorsque ce lieu est situé dans l'État d'origine, un lien suffisant sera établi pour satisfaire au critère de compétence aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement rendu dans cet État. Comme pour la première option ci-dessus, cette désignation doit précéder le moment de l'introduction de l'instance et des modifications ultérieures de l'acte constitutif du trust n'éteindront pas rétroactivement le lien au moment de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement.

187. Ces trois options sont alternatives et un jugement rendu par un État désigné par une de ces modalités quelle qu'elle soit satisfera au critère de compétence de l'alinéa (n).

188. **Aspects internes.** La limite posée dans la dernière phrase de l'alinéa (n) confirme que cette disposition n'est destinée à entrer en jeu que pour les litiges internes au trust, et donc entre des personnes au sein de la relation établie par le trust (comme le constituant, le *trustee* et les bénéficiaires) et non entre les personnes extérieures à celui-ci. Le temps présent et le temps passé employés dans l'expression « étant ou ayant été au sein de la relation établie par le trust » montre qu'une personne peut avoir été initialement au sein de la relation établie par le trust et ne plus y être au moment de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement qui s'ensuit. Les jugements portant sur des litiges entre les parties au trust et des tiers doivent être considérés en vertu des autres dispositions du paragraphe premier.

Alinéa (o)

189. **Introduction.** Cet alinéa établit un chef de compétence indirecte pour les demandes reconventionnelles. Dans de nombreux systèmes juridiques, un défendeur peut réagir à une demande non seulement en se défendant directement contre cette demande, ce qui aurait pour effet d'éteindre en tout ou partie la demande du plaignant, mais aussi en soumettant lui-même une demande sollicitant un jugement à l'encontre du demandeur initial, que l'on appelle demande reconventionnelle¹²¹. Exemple : dans un contrat de vente de marchandises à paiement échelonné, si le vendeur poursuit l'acheteur en paiement du solde du prix, ce dernier peut se défendre en prétendant que cette somme n'est pas due et ajouter une demande reconventionnelle de dommages et intérêts au motif que les marchandises ont été livrées en retard. La demande reconventionnelle ne découle pas nécessairement du même contrat mais elle doit en général avoir un lien avec la relation entre les parties. Alors que la demande reconventionnelle aurait pu être introduite séparément dans une autre procédure, il est jugé plus efficace de permettre qu'elle soit soumise dans le cadre de la procédure initiale. Dans certains États et territoires, lorsque certaines conditions sont remplies, le défendeur peut même

¹²⁰ Par conséquent, le projet de Convention n'inclut pas de critère de compétence pour l'État qui a le lien le plus étroit avec le trust, qui serait la loi applicable en l'absence de désignation dans l'acte constitutif du trust, en vertu de l'art. 7 de la Convention Trusts de 1985. Voir aussi le Rapport Nygh/Pocar, para. 151 à 160.

¹²¹ Selon le Rapport Nygh/Pocar, para. 199, une demande reconventionnelle se distingue du « *set-off* » ou de la « compensation » 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. Les opinions sur ce point peuvent avoir évolué depuis 2001.

avoir l'obligation de soumettre sa demande sous forme de demande reconventionnelle. À défaut, la demande est écartée et elle ne peut être présentée ultérieurement dans une autre procédure¹²².

190. L'alinéa (o) prévoit deux critères de compétence selon que le jugement portant sur la demande reconventionnelle a été favorable ou non au demandeur reconventionnel. Ce traitement différencié vise à concilier les intérêts des parties au regard de la demande reconventionnelle et à tenir compte de la possibilité de demandes reconventionnelles obligatoires en vertu du droit procédural du tribunal d'origine.

191. **Jugement favorable au demandeur reconventionnel.** Lorsque la demande reconventionnelle aboutit (alinéa (o)(i)), le fait que le défendeur / demandeur reconventionnel ait été contraint de soumettre sa demande sous forme de demande reconventionnelle ne lui a pas porté préjudice ; aucune exception d'incompétence n'a été invoquée à la circulation en l'espèce. Pour satisfaire à cette condition et pour garantir l'équité vis-à-vis du demandeur initial / défendeur à la demande reconventionnelle, la demande reconventionnelle doit porter sur la même transaction ou les mêmes faits que la demande principale. Puisque le demandeur initial a volontairement introduit sa demande devant le tribunal d'origine, il a consenti à cette compétence ; il est donc légitime que cette juridiction puisse aussi statuer sur une demande reconventionnelle, mais seulement dans la mesure où elle découle de la même transaction ou des mêmes faits.

192. Le terme anglais « *transaction* » a été utilisé pour rendre le français « relation contractuelle » parce qu'il est plus large que l'expression « *contractual relationship* ». Autrement dit, il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle découle du contrat effectif sur lequel la demande initiale s'est fondée ; elle peut résulter d'un autre contrat connexe qui s'insère dans une relation contractuelle plus large entre les parties. De la même façon, le terme anglais « *occurrence* » a été employé pour rendre le français « des faits » afin de souligner que les faits sur lesquels est fondée la demande reconventionnelle ne doivent pas être identiques, mais qu'ils peuvent résulter d'un ensemble de circonstances plus large, quoique lié¹²³.

193. **Jugement défavorable au demandeur reconventionnel.** Lorsque le demandeur reconventionnel est débouté, il n'est pas nécessaire de protéger le demandeur initial en imposant un lien étroit. L'intérêt du demandeur initial est précisément de bénéficier du projet de Convention. Quant au demandeur reconventionnel, il a implicitement consenti à la compétence du tribunal d'origine en introduisant la demande reconventionnelle. Puisque le défendeur est essentiellement un demandeur au regard de la demande reconventionnelle, on peut considérer que ce critère de compétence reproduit l'alinéa (c). Mais cette logique présuppose que le demandeur reconventionnel ait volontairement introduit sa demande reconventionnelle. Par conséquent, pour tenir compte de la possibilité que la demande reconventionnelle ait été obligatoire en vertu de la loi de l'État d'origine, l'alinéa (o)(ii) apporte une protection au demandeur reconventionnel pour le cas où sa demande échouerait. De fait, en vertu de l'exception prévue à l'alinéa (o)(ii), l'obligation initiale est considérée comme un obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution du résultat négatif ailleurs. Autrement dit, le demandeur reconventionnel débouté ne serait pas empêché d'introduire la même demande ailleurs.

194. Il est essentiel de souligner que cette disposition ne fait pas obstacle à la circulation du jugement portant sur la demande reconventionnelle si un autre critère de compétence prévu au paragraphe premier s'applique. Exemple : si le demandeur reconventionnel a sa résidence habituelle dans l'État d'origine, le jugement rendu contre lui répond au critère de l'alinéa (a) et l'exception prévue pour les demandes reconventionnelles obligatoires à l'alinéa (o)(ii) ne protégera pas ce demandeur reconventionnel débouté. De même, si le demandeur initial a sa résidence habituelle dans l'État d'origine, la demande reconventionnelle qui aboutit satisfera aussi à l'alinéa (a), même si elle ne découle pas de la même transaction.

¹²² Par exemple, en vertu de l'art. 13 du Règlement fédéral de procédure civile des États-Unis d'Amérique.

¹²³ Rapport Nygh/Pocar, para. 200. Cette formulation est à contraster avec la formulation plus étroite de l'art. 8(3) du Règlement Bruxelles I *bis*, qui indique « du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire ».

Alinéa (p)

195. **Introduction.** Cet alinéa reconnaît un chef de compétence fondé sur le consentement exprès. Lorsque les parties se sont entendues à l'avance sur le for qui réglera leurs différends, un jugement rendu dans ce for est considéré équitable pour les deux parties et satisfera généralement aux critères de compétence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution dans l'État requis. La Convention Élection de for de 2005 prévoit l'exécution des accords exclusifs d'élection de for et des jugements qui en résultent. La définition d'un accord d'élection de for donnée à l'alinéa (p) est tirée de la Convention Élection de for de 2005, tant en ce qui concerne la forme de l'accord que son caractère exclusif ou non exclusif. Cela devrait garantir une interprétation cohérente de ces deux instruments.

196. **Rapport avec la Convention Élection de for de 2005.** Le projet de Convention s'efforce d'éviter les chevauchements avec la Convention Élection de for de 2005. C'est la raison pour laquelle il ne traite que des accords non exclusifs d'élection de for à l'alinéa (p). Le tribunal de l'État requis peut ainsi considérer que le tribunal d'origine était compétent lorsque l'accord des parties l'a désigné comme un tribunal devant lequel elles pourraient porter leurs différends mais pas lorsque la désignation attribuait la compétence à ce tribunal à l'exclusion de tous les autres tribunaux. Dans ce cas, seule la Convention Élection de for de 2005 s'appliquera. Cependant, si un jugement est rendu par un autre tribunal que celui qui a été désigné dans un accord d'élection de for, exclusif ou non exclusif, le tribunal requis peut refuser de le reconnaître ou de l'exécuter en vertu de l'article 7(d) (voir, *infra*, para. 249 à 251). De ce fait, des chevauchements subsistent entre le projet de Convention et la Convention Élection de for de 2005, mais ils sont conformes à leurs objectifs respectifs¹²⁴.

197. **Accords non exclusifs.** Le projet de Convention définit négativement les accords non exclusifs. Il donne une définition d'un « accord exclusif d'élection de for » tirée de l'article 3(a) de la Convention Élection de for de 2005 et déclare qu'elle s'applique à tout accord « autre qu'un accord exclusif d'élection de for ». En outre, la Convention Élection de for de 2005 contient une présomption d'exclusivité de l'accord d'élection de for lorsque celui-ci désigne les tribunaux d'un État ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État sauf si les parties sont convenues expressément du contraire (art. 3(b)). En principe, l'approche suivie par le projet de Convention évite tout vide juridique entre les deux instruments.

198. Un accord non exclusif d'élection de for peut revêtir différentes formes. Il peut comprendre une liste de tribunaux de différents États parmi lesquels le demandeur peut (ou doit) choisir. Il peut simplement indiquer que les parties conviennent de ne pas contester la compétence si la demande est introduite devant un tribunal désigné. Il peut au contraire être « asymétrique » (ou « hybride »), c'est-à-dire qu'il est exclusif pour une partie, mais non exclusif pour l'autre. Les clauses asymétriques ne sont pas considérées comme exclusives en vertu de la Convention Élection de for de 2005 et peuvent donc entrer dans le champ d'application du projet de Convention¹²⁵. Le Rapport Hartley/Dogauchi donne des exemples concrets d'accords non exclusifs d'élection de for :

« - Les tribunaux de l'État X disposeront d'une compétence non exclusive pour connaître de procédures dans le cadre du présent contrat. »

« - Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X, mais cela n'interdira pas les procédures devant les tribunaux de tout autre État compétents selon son droit. »

« - Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant le tribunal A de l'État X ou le tribunal B de l'État Y, à l'exclusion de tout autre tribunal. »

« - Les procédures à l'encontre de A pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de A dans l'État A ; les procédures à l'encontre de B pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de B dans l'État B. »

¹²⁴ Ces deux instruments peuvent aussi se chevaucher lorsque les États contractants font la déclaration envisagée à l'art. 22 de la Convention Élection de for de 2005 en ce qui concerne les accords non exclusifs d'élection de for.

¹²⁵ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 32, 106 et 249.

199. En principe, un accord d'élection de for combiné à une convention d'arbitrage serait considéré comme un accord exclusif d'élection de for et n'entrerait donc pas dans le champ d'application de l'alinéa (p).

200. Le projet de Convention, comme la Convention Élection de for de 2005, limite l'application de ce chef de compétence aux accords conclus ou documentés par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement¹²⁶. Par conséquent, les accords verbaux ne bénéficient pas de cet alinéa.

201. **Exemples.** L'accord écrit entre A (qui a sa résidence habituelle dans l'État X) et B (qui a sa résidence habituelle dans l'État Y) contient la clause suivante : « Pour tout litige découlant du présent contrat, les parties reconnaissent la compétence des tribunaux de l'État Z ». À la suite d'un litige que les parties ne parviennent pas à résoudre à l'amiable, B introduit une demande contre A devant les tribunaux de l'État Z, lequel ne serait pas compétent en l'absence de la clause d'attribution de compétence. Un jugement est rendu en faveur de B et l'exécution est demandée dans l'État X où A a des biens. Si l'État X n'est pas Partie à la Convention Élection de for de 2005, il est possible que sa loi ne considère pas cette clause comme une clause exclusive d'élection de for, mais simplement comme un accord de ne pas contester la compétence des tribunaux de l'État Z. Dans ce cas, appliquant l'alinéa (p), le tribunal de l'État X devrait constater que la compétence du tribunal d'origine est établie aux fins de l'exécution dans l'État Z. Si le tribunal requis considère cette clause comme une clause exclusive d'élection de for ou si l'État X et l'État Z sont tous deux Parties à la Convention Élection de for de 2005, l'alinéa (p) ne s'applique pas et le jugement ne circulera pas en vertu du projet de Convention s'il n'y a aucun autre chef de compétence en vertu du paragraphe premier.

202. L'accord écrit entre A (qui a sa résidence habituelle dans l'État X) et B (qui a sa résidence habituelle dans l'État Y) contient la clause suivante : « Pour tout litige découlant du présent contrat, les parties décident de soumettre leurs demandes exclusivement aux tribunaux commerciaux de Capitale, État Z ». À la suite d'un litige que les parties ne parviennent pas à résoudre à l'amiable, B introduit une demande contre A dans l'État Z, lequel ne serait pas compétent en l'absence de la clause d'attribution de compétence. Un jugement est rendu en faveur de B et l'exécution est demandée dans l'État X où A a des biens. L'alinéa (p) n'est pas applicable à cette affaire car la clause qui désigne les tribunaux de l'État Z est un accord exclusif d'élection de for. En outre, comme aucun autre des chefs de compétence énumérés au paragraphe premier n'est applicable, l'État requis n'est pas tenu de reconnaître le jugement en vertu de l'article 4 du projet de Convention, même s'il peut le reconnaître en vertu de son droit interne, comme l'article 17 l'y autorise. Si l'État Z et l'État X sont tous les deux Parties à la Convention Élection de for de 2005, le jugement circulera en vertu de cet instrument.

Paragraphe 2

203. **Introduction.** Le paragraphe 2 prévoit quelques exceptions aux règles générales énoncées au paragraphe premier en ce qui concerne les contrats de consommation et les contrats de travail. Ces exceptions ne s'appliquent qu'aux situations dans lesquelles la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement est demandée contre un consommateur ou un employé ; par conséquent, elles ne s'appliquent pas lorsque le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution est le consommateur ou l'employé. Cette règle est cohérente avec la protection qu'offrent de nombreux systèmes juridiques aux consommateurs ou aux employés dans la sphère contractuelle, tant en droit interne qu'en droit international privé. Le paragraphe 2 n'instaure pas de critère de compétence pour ces deux types de contrats, qui demeurent soumis aux règles énoncées au paragraphe premier. Il limite ou exclut, en faveur de la partie la plus faible, la référence aux trois alinéas du paragraphe premier qui concernent la compétence fondée sur le consentement ainsi qu'à l'alinéa (p), qui concerne la compétence en matière d'obligations contractuelles.

204. **Définition du consommateur.** Le projet de Convention définit le consommateur comme « une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique ». Cette définition est identique à celle de la Convention Élection de for de 2005, qui exclut les contrats de consommation de son champ d'application à l'article 2(1)(a). Elle est en outre conforme à la définition du consommateur figurant dans la *Convention des Nations*

¹²⁶ Voir, sur cette exigence formelle, Rapport Hartley/Dogauchi, para. 110 à 114.

Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980 (art. 2(a)) et à la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (art. 2(c)). L'autre possibilité aurait été la formulation négative qui figure au Règlement Bruxelles I *bis* (art. 17(1)) et au Règlement Rome I (art. 6(1)) : « pour un usage [...] étranger à son activité professionnelle [...] ». Contrairement aux Règlements européens, le projet de Convention ne précise pas que l'autre partie contractante doit agir dans l'exercice de son activité professionnelle. Cela permet de penser que les contrats entre consommateurs pourraient être inclus en vertu de l'alinéa (p), ce qui serait conforme à l'interprétation selon laquelle ces contrats sont exclus du champ d'application de la Convention Élection de for de 2005¹²⁷.

205. **Contrats de travail.** Les contrats de travail ne sont pas définis dans le projet de Convention. Il est clair néanmoins que la clause ne concerne essentiellement que les travailleurs salariés, quel que soit leur niveau d'encadrement, et ne vise pas les personnes qui exercent une activité professionnelle autonome¹²⁸.

206. **Conventions collectives.** En outre, en précisant que la reconnaissance ou l'exécution est demandée « contre un employé relativement à son contrat de travail », la disposition vise à s'appliquer aux contrats de travail individuels, c'est-à-dire aux litiges entre le salarié et l'employeur découlant de leur relation de travail. Cela comprend toute demande fondée sur le cadre juridique applicable à cette relation, y compris le droit du travail ou les conventions collectives¹²⁹. Inversement, ce paragraphe ne couvre pas les litiges découlant d'une convention collective entre les parties à cette convention – généralement un syndicat ou un organe représentatif des salariés d'une part, et un employeur ou une association d'employeurs de l'autre.

207. **Exception au paragraphe premier en ce qui concerne la compétence fondée sur le consentement.** Le paragraphe 2(a) limite l'effet du paragraphe 1(e) en ce qui concerne le consentement exprès donné au cours de la procédure. Lorsque des employés et des consommateurs sont concernés, le consentement doit avoir été « donné devant le tribunal, que ce soit oralement ou par écrit ». Autrement dit, dans les exemples donnés plus haut pour illustrer le paragraphe 1(e), les deux premiers ne satisferaient pas au paragraphe 2(a), tandis que le troisième le ferait, cette situation étant la seule dans laquelle l'expression du consentement a été donnée au tribunal et non à l'autre partie. Les autres modes de consentement à la compétence reconnus au paragraphe premier sont le consentement implicite (para. 1(f)) et le consentement donné par accord préalable entre les parties (para. 1(p))¹³⁰. S'agissant des consommateurs et des employés, le projet de Convention n'admet aucun de ces modes de consentement. Autrement dit, un jugement rendu contre un consommateur ou un employé à propos d'une demande contractuelle ne circulera pas en vertu du projet de Convention si la compétence du tribunal d'origine était uniquement fondée sur l'un de ces deux modes de consentement. Bien entendu, lorsque l'employé ou le consommateur avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine, le critère énoncé au paragraphe 1(a) sera rempli.

208. **Exclusion de la compétence fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle.** De la même manière, le paragraphe 2 exclut le recours au paragraphe 1(g), c'est-à-dire que si le seul lien avec l'État d'origine est que celui-ci était le lieu d'exécution des obligations contractuelles à l'origine de la demande, la compétence ne sera pas reconnue dans l'État requis. Concrètement, cela implique que lorsque la reconnaissance ou l'exécution est demandée contre la partie la plus faible, seuls les jugements rendus dans l'État de la résidence habituelle de cette partie peuvent circuler en vertu du projet de Convention.

¹²⁷ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 50.

¹²⁸ Rapport Nygh/Pocar, para. 117.

¹²⁹ Dans la Convention Élection de for de 2005, l'art. 2(1)(b) exclut les accord d'élection de for « relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives ».

¹³⁰ La Convention Élection de for de 2005 exclut elle aussi de son champ d'application les accords d'élection de for figurant dans des contrats de consommation et des contrats de travail : art. 2(1)(a) et (b).

Article 6 – Fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution

209. **Introduction.** L'article 6 prévoit trois fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution. En principe, cette disposition a un double effet (positif et négatif) : les jugements qui répondent à ces critères de compétence sont susceptibles d'être reconnus et exécutés, et les autres ne sont pas reconnus ou exécutés, que ce soit en vertu du projet de Convention ou en vertu du droit interne. L'article 6 s'applique donc « [n]onobstant l'article 5 ». Les deux premiers alinéas établissent les critères exclusifs de compétence « absolus » pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés et pour les droits réels immobiliers. Le troisième alinéa établit un critère exclusif de compétence « relatif » ou « conditionnel » pour les baux immobiliers. Ce critère de compétence peut être considéré comme « conditionnel » car il n'est appliqué que si la loi de l'État où se situe l'immeuble reconnaît une compétence exclusive à ses tribunaux.

210. Toutefois, l'article 6 ne s'applique qu'aux jugements pour lesquels ces matières constituent l'objet principal de la procédure. Le projet de Convention contient une règle spéciale lorsque ces questions se sont posées simplement à titre préalable ou incident (voir, *infra*, art. 8).

Alinéa (a)

211. L'alinéa (a) établit une chef exclusif de compétence pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur l'*enregistrement* ou la *validité* des brevets, des marques, des dessins et modèles industriels, des droits d'obtention végétale ou des droits analogues nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement. Conformément à cette disposition, les jugements ne sont reconnus et exécutés *que si* l'État d'origine est l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit a été demandé ou a été effectué, ou est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional. Cette disposition exprime le principe généralement admis qui veut que l'État d'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle ait compétence exclusive sur les questions de validité et d'enregistrement du droit en question.

212. **Champ d'application.** Cette disposition est parallèle à l'article 5(1)(k). Tous deux s'appliquent aux mêmes droits de propriété intellectuelle, à savoir les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels, les droits d'obtention végétale et les droits analogues nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement (voir, *supra*, para. 170). Tous deux emploient le même facteur de rattachement : l'État d'origine doit être celui dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué, ou est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional¹³¹. La différence réside dans la nature du litige : l'article 5(1)(k) s'applique aux jugements portant sur une *contrefaçon* de ces droits, alors que l'article 6(a) s'applique aux jugements portant sur l'*enregistrement* ou la *validité* de ces droits.

213. **Enregistrement ou validité.** L'alinéa (a) s'applique aux jugements portant sur l'enregistrement ou la validité d'un droit de propriété intellectuelle délivré, octroyé ou enregistré. Toutefois, la validité des inscriptions sur les registres publics est exclue du champ d'application du projet de Convention conformément à l'article 2(1)(j) (voir, *supra*, para. 46 et 47). Comme il est expliqué plus haut, cette exclusion couvre les litiges entre le demandeur (ou un tiers intéressé) et l'autorité administrative chargée du registre, normalement dans le contexte d'une demande d'enregistrement ou de questions procédurales touchant à l'enregistrement, par exemple, lorsque l'enregistrement est refusé ou modifié et que le demandeur a contesté cette décision. Ce litige serait en principe qualifié de matière administrative et serait donc exclu du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1). Cependant, l'alinéa (a) s'applique aux litiges entre des personnes privées portant sur la validité ou l'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle, en principe une fois que le brevet a été enregistré et qu'une partie introduit une demande contre le titulaire enregistré contestant la validité du droit en question. Cette demande pourrait être fondée, par exemple, sur l'expiration du délai de protection¹³².

¹³¹ Voir toutefois, *supra*, la note 70.

¹³² Naturellement, l'autorité administrative peut intervenir dans cette procédure.

214. **Conséquences.** L'alinéa (a), contrairement à l'article 5(1)(k), établit un fondement exclusif pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur l'enregistrement ou la validité de droits enregistrés. Le fonctionnement est à la fois positif et négatif, exprimé par la double locution « *ne... que si* ». D'un côté, cette disposition fonctionne positivement en ce que les jugements portant sur l'enregistrement ou la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré sont reconnus et exécutés *si* l'État d'origine est celui dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été demandé ou effectué ou est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional¹³³. De l'autre, elle fonctionne négativement en ce que lorsqu'un jugement portant sur l'enregistrement ou la validité d'un droit enregistré est rendu par un tribunal d'un État qui n'est pas celui de l'enregistrement, il *n'est pas* reconnu ou exécuté, tant en vertu du projet de Convention, *même si d'autres critères de compétence sont remplis*, qu'en vertu du droit interne. C'est la raison pour laquelle l'article 6 commence par « Nonobstant l'article 5 » et l'article 17 par « Sous réserve de l'article 6 » (voir, *infra*, para. 312 à 314).

215. L'effet négatif de l'alinéa (a) s'étend aussi aux États non contractants. Ainsi, si A introduit une demande contre B dans l'État X portant sur la validité d'un brevet enregistré dans l'État Y, le jugement qui s'ensuit n'est reconnu ou exécuté dans aucun autre État, que l'État Y soit ou non un État contractant.

Alinéa (b)

216. **Droits réels immobiliers.** L'alinéa (b) établit un chef (indirect) de compétence exclusive pour les jugements portant sur les droits réels immobiliers. Selon cette disposition, un jugement portant sur ce type de droits ne circulera en vertu du projet de Convention *que si* il a été rendu par les tribunaux de l'État où se situe le bien immobilier. Ainsi, les jugements portant sur ces matières rendus par les tribunaux d'autres États ne doivent être reconnus ou exécutés ni en vertu du projet de Convention ni en vertu du droit interne. Exemple : si A introduit une demande contre B dans l'État X en ce qui concerne un droit réel sur un immeuble situé dans l'État Y, le jugement qui s'ensuit n'est reconnu ou exécuté dans aucun autre État ; comme dans le cas de l'alinéa (a), cette conclusion est valable que l'État Y soit un État contractant ou non.

217. **Raisonnement.** Il s'agit d'une catégorie courante et non controversée de compétence exclusive dans de nombreux systèmes juridiques. Les tribunaux de l'État où le bien immobilier est situé sont les mieux placés, pour des raisons de proximité, pour apprécier les faits de manière satisfaisante et pour appliquer les règles et les pratiques régissant les droits réels, généralement celles de l'État dans lequel le bien est situé. En outre, ces procédures impliquent habituellement l'inscription dans des registres publics ou d'autres types d'actes publics¹³⁴.

218. **Champ d'application : droits réels.** L'alinéa (b) s'applique aux procédures ayant pour objet des droits réels, c'est-à-dire des droits qui concernent directement un bien immobilier et qui sont opposables « à tous » (*erga omnes*)¹³⁵. La notion de droits réels recouvre, par exemple, la propriété, les hypothèques, l'usufruit et les servitudes. Toutefois, l'alinéa (b) ne s'applique qu'aux actions fondées sur des droits réels, et couvre les actions visant à déterminer l'existence de ces droits, leur étendue et leur teneur, et à fournir aux titulaires la protection des pouvoirs attachés à la titularité. Inversement, les actions fondées sur des droits personnels ayant un simple lien avec un bien immobilier n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition. Ainsi, une action personnelle aux fins de la livraison d'un immeuble basée sur un contrat de vente (c.-à-d. que la question est l'obligation personnelle qu'a le défendeur d'accomplir tous les actes nécessaires pour transférer et remettre le bien) ou une action en responsabilité délictuelle portant sur des dommages à un immeuble n'est pas couverte par cette disposition. Les droits réels mobiliers sont également exclus du champ d'application de cet article.

219. **Immeuble.** Le terme « immeuble » n'est pas défini dans le projet de Convention, mais il doit être considéré comme recouvrant le fonds de terre, les services fonciers ou les améliorations du fonds de terre ainsi que les accessoires (par opposition aux biens meubles), en ce compris tout ce qui est incorporé, scellé ou fixé au sol ou attaché de manière permanente

¹³³ Naturellement, la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée en vertu de l'art. 7 du projet de Convention.

¹³⁴ Pour les arguments en faveur de ce chef de compétence, voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 164.

¹³⁵ Rapport Nygh/Pocar, para. 164.

à toute chose incorporée, scellée ou fixée au sol. Ces indications relatives aux immeubles ne sont pas exhaustives.

Alinéa (c)

220. **Baux à long terme.** L'alinéa (c) envisage un chef (indirect) de compétence exclusive en matière de baux immobiliers, mais seulement dans la mesure où cette compétence exclusive est établie par la loi de l'État où l'immeuble est situé. Selon cette disposition, un jugement portant sur un bail immobilier d'une durée supérieure à six mois (« bail à long terme ») ne peut être reconnu ou exécuté si l'immeuble n'est pas situé dans l'État d'origine et si les tribunaux de l'État dans lequel se trouve l'immeuble ont une compétence exclusive en vertu du droit de cet État.

221. Cette disposition est un compromis entre deux politiques opposées. Dans certains États, les baux immobiliers sont traités comme des droits réels et, en conséquence, la compétence exclusive couvre les deux matières ; c'est le cas, en particulier, dans les États et territoires où les contrats de bail sont soumis à un régime spécial à caractère obligatoire destiné à protéger les locataires. Dans d'autres États et territoires en revanche, les baux sont traités comme des contrats (c.-à-d. des droits personnels) sans exclusivité accordée aux tribunaux de l'État dans lequel le bien est situé. Le projet de Convention adopte la deuxième approche comme point de départ. Conformément à l'article 5(1)(h), un jugement portant sur un bail immobilier est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu dans l'État où est situé l'immeuble. Toutefois, cette disposition n'exclut pas l'application d'autres critères de compétence, telle la résidence habituelle du défendeur, visée à l'article 5(1)(a). Ainsi, un jugement rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle (l'État X) circulera en vertu du projet de Convention même s'il portait sur un bail relatif à un bien immobilier situé dans un autre État (État Y). L'alinéa (c) pose une exception à cette règle. Toutefois, son champ d'application est limité.

222. Premièrement, il ne s'applique qu'aux « baux à long terme », c'est-à-dire aux baux immobiliers de durée supérieure à six mois. Et deuxièmement, il ne s'applique que si la loi de l'État où le bien est situé attribue aux tribunaux de cet État une compétence exclusive sur cette matière. Ainsi, par exemple, un jugement portant sur un bail à long terme rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle (État X) n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention ou en vertu du droit interne si le bien est situé dans un autre État (État Y) dont la loi attribue une compétence exclusive à ses tribunaux sur cette matière. L'alinéa (c) est simplement une règle qui reconnaît et donne effet à la politique de certains États en faveur d'une compétence exclusive en matière de baux immobiliers.

223. Notons que l'alinéa (c) de l'article 6 est différent des deux autres alinéas de cette disposition. Il n'établit pas un chef harmonisé de compétence exclusive mais inclut une référence au droit interne de l'État où l'immeuble est situé. En outre, il ne s'applique que si cet État est un État contractant ; c'est-à-dire que dans l'exemple qui précède immédiatement, l'alinéa (c) ne s'applique que si l'État Y, où le bien immobilier est situé et dont la loi accorde une compétence exclusive à ses tribunaux, est un État contractant (en principe, au moment où la procédure a été introduite dans l'État X). Et enfin, l'alinéa (c) ne contient pas de chef de compétence positive (qui se trouve à l'art. 5(1)(k)) mais seulement un fondement négatif : il interdit la reconnaissance ou l'exécution de certains jugements si les conditions de son application sont remplies.

224. **Baux à long terme.** L'alinéa (c) ne s'applique qu'aux baux immobiliers de durée supérieure à six mois (le texte n'exige pas que les six mois soient consécutifs). Il comprend tous les baux immobiliers, indépendamment de leur nature, c.-à-d. qu'ils concernent un usage professionnel, commercial ou personnel. En outre, cette disposition est conçue pour couvrir les litiges entre le propriétaire et le locataire qui concernent, par exemple, l'existence ou l'interprétation du contrat de bail, l'expulsion, la réparation des dommages causés par le locataire ou le recouvrement des loyers.

Article 7 – Refus de reconnaissance et d'exécution

225. La reconnaissance et l'exécution des jugements est l'objectif central du projet de Convention, généralement prévu en vertu de l'article 4, les critères de compétence étant énoncés aux articles 5 et 6. Le projet de Convention prévoit aussi des moyens de défense spécifiques contre la reconnaissance et l'exécution à l'article 7. Ces moyens sont groupés en deux catégories. La première catégorie, prévue au paragraphe premier, énumère les motifs qui *autorisent*, mais n'obligent pas, l'État requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution, soit en raison des modalités de la procédure dans l'État d'origine, soit en raison du contenu du jugement lui-même. Comme le confirme l'article 4(1), c'est une liste exhaustive qui limite les moyens que le débiteur d'un jugement peut invoquer dans l'État requis et ce qu'un tribunal dans l'État requis peut faire. La deuxième catégorie concerne la situation particulière d'une procédure pendante internationale ; elle est couverte par l'article 2.

Paragraphe premier

226. **Introduction.** Ce paragraphe prévoit sept motifs pouvant conduire à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement dans l'État requis, qui reproduisent essentiellement la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005¹³⁶. Les motifs prévus aux alinéas (a), (b) et (d) concernent la manière dont l'instance a été introduite et conduite dans l'État d'origine. Les motifs énoncés aux paragraphes (c) et (e) portent quant à eux sur l'effet que la reconnaissance ou l'exécution aurait dans l'État requis. Enfin, le motif visé à l'alinéa (f) tient compte des jugements rendus dans un État tiers.

227. L'article 7 établit que la reconnaissance ou l'exécution « *peut* » être refusée pour l'un au moins des motifs prévus. Toutefois, cette disposition est adressée aux États ; par conséquent, elle ne s'oppose pas à ce que ceux-ci appliquent cette disposition de manière obligatoire, c'est-à-dire qu'ils peuvent contraindre les juridictions nationales à refuser la reconnaissance ou l'exécution dans ces hypothèses.

Alinéa (a)

228. **Introduction.** Le premier obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution concerne la manière dont la demande introduite dans l'État d'origine a été notifiée au défendeur¹³⁷ (alinéa (a)). Elle dispose essentiellement que si le défendeur n'a pas reçu une notification appropriée, le refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement qui s'ensuit dans l'État requis est justifié.

229. **Acte introductif d'instance.** L'acte qui doit être notifié au défendeur est l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande. L'objet de cette disposition est de garantir que les éléments essentiels de la demande ont été notifiés au défendeur et que celui-ci a eu l'opportunité d'organiser sa défense. Ainsi, la notion d'acte introductif d'instance comprend tout acte qui, en vertu de la loi de l'État d'origine, introduit une instance de telle manière qu'elle permet au plaignant d'obtenir un jugement susceptible de circuler en vertu du projet de Convention¹³⁸. En outre, l'acte doit contenir les « éléments essentiels de la demande » afin de permettre au défendeur de prendre une décision raisonnable quant à sa stratégie procédurale.

230. L'alinéa (a) comprend deux considérations distinctes en ce qui concerne la notification appropriée. La première concerne les intérêts du défendeur, la seconde ceux de l'État requis lorsque c'est celui dans lequel la notification a été effectuée¹³⁹.

231. **Protection du défendeur.** Premièrement, en vertu de l'alinéa (a)(i), la question est de savoir si le défendeur a eu effectivement connaissance, en temps utile, de la demande introduite dans l'État d'origine. Cette disposition vise à garantir le principe le plus fondamental de la justice

¹³⁶ Art. 9 de la Convention Élection de for de 2005.

¹³⁷ Voir la définition du défendeur à l'art. 3(1)(a) du projet de Convention.

¹³⁸ Cet élément reconnaît la diversité des moyens par lesquels le droit procédural détermine comment les demandes sont introduites.

¹³⁹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 185.

procédurale : le droit d'être entendu¹⁴⁰. Le critère de la notification appropriée n'est pas technique, mais factuel¹⁴¹. La protection du défendeur au stade de la reconnaissance et de l'exécution dépend de son comportement dans l'État d'origine. S'il n'a pas comparu devant le tribunal d'origine et si le jugement a été rendu par défaut, le vice de notification pourrait être invoqué pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. Inversement, en vertu de l'alinéa (a)(i), si le défendeur a « comparu et présenté sa défense » devant le tribunal d'origine sans contester la notification, le vice de notification ne pourra pas être invoqué dans l'État requis¹⁴². Cette condition garantit que la notification est contestée dès que possible devant le tribunal le mieux placé pour corriger toute carence de la notification, par exemple accorder un ajournement. Lorsque la loi de l'État d'origine ne permet pas de contester la notification, la condition ne s'applique pas.

232. Notification par publication. En principe, la question de savoir si l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur dans les formes et les délais prescrits doit être déterminée à la lumière des dispositions du projet de Convention¹⁴³. L'alinéa (a)(i) n'exige pas une notification personnelle au défendeur. D'autres méthodes de notification peuvent satisfaire à cette condition, comme une notification à certaines personnes autres que le défendeur, par exemple un de ses salariés, ou même une notification par publication. En ce qui concerne la deuxième situation en particulier, certains tribunaux ont conclu que le droit d'être entendu n'est pas violé si le tribunal requis s'est assuré que toutes les recherches requises par les principes de diligence et de bonne foi ont été entreprises pour retrouver le défendeur¹⁴⁴.

233. Protection de l'État requis. Deuxièmement, en vertu de l'alinéa (a)(ii), la question est de savoir si la notification a été effectuée conformément aux principes fondamentaux de l'État requis. Cet alinéa *ne s'applique que* lorsque la notification au défendeur est intervenue *dans l'État requis*. Elle est donc d'application très limitée et ne permet pas à l'État requis d'apprécier la notification dans un autre État conformément à la loi de l'État requis ou même à celle de l'État où la notification a été effectuée. Elle n'autorise pas non plus l'État requis à apprécier la notification dans l'État requis en fonction de la seule *lex fori*. De fait, l'alinéa (a)(ii) limite la référence aux *principes fondamentaux [...] relatifs à la notification des actes dans l'État requis*¹⁴⁵.

234. Comme l'explique le Rapport Hartley/Dogauchi (voir para. 187). « *De nombreux États, dont les principaux pays de common law, n'ont pas d'objection à la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans aucune intervention de leurs autorités. Ils la considèrent simplement comme un moyen de transmission d'informations. Ainsi, si un avocat étranger souhaite délivrer une assignation étrangère en Angleterre, il peut prendre l'avion pour Londres, prendre un taxi jusqu'au foyer du défendeur, frapper à la porte et lui remettre l'acte.* » Le droit anglais et celui de l'État d'origine peuvent considérer que c'est une notification autorisée et efficace. Mais « *[c]ertains pays sont d'un avis différent. Ils considèrent la signification d'une assignation comme un acte souverain (acte officiel) et que la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans leur autorisation constitue une atteinte à leur souveraineté. L'autorisation sera généralement accordée par voie d'accord international établissant la*

¹⁴⁰ Cette disposition se recoupe donc avec l'alinéa (c), qui renvoie spécifiquement aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. L'alinéa (a) peut ainsi être envisagé comme une application spécifique de l'alinéa (c) en ce qui concerne la notification, avec ses propres conditions, qui doivent, a priori, exclure le recours à l'alinéa (c) sur les questions qui relèvent de l'alinéa (a).

¹⁴¹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 186, en particulier la note 225.

¹⁴² Cela rappelle le critère de compétence visé à l'art. 5(1)(f). Il serait peut-être opportun d'envisager d'ajuster le langage de l'alinéa (a)(ii) afin d'améliorer sa cohérence avec celui de l'art. 5(1)(f).

¹⁴³ L'alinéa (a) porte exclusivement sur la question de savoir si le tribunal requis peut refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement. Le tribunal d'origine aura appliqué son propre droit procédural, y compris les conventions internationales sur la signification des actes qui sont en vigueur dans l'État en question et sont applicables aux faits de l'espèce. Ces règles, qui pourraient exiger que la notification soit conforme à la loi de l'État dans lequel elle a été effectuée ne sont pas affectées par l'alinéa (a). Cependant, sauf dans la mesure limitée prévue à l'alinéa (a)(ii), le tribunal requis ne peut refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement au seul motif que la notification n'était pas conforme à la loi de l'État dans lequel elle a été effectuée, à la loi de l'État d'origine ou aux conventions internationales sur la signification ou la notification des actes. Voir Rapport Hartley/Dogauchi, note 224.

¹⁴⁴ CJUE, arrêt du 15 mars 2012, *G. Cornelius de Visser*, C-292/10, EU:C:2012:142.

¹⁴⁵ Cette disposition se recoupe également avec l'alinéa (c), qui renvoie spécifiquement aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. Comme il est indiqué plus haut, l'alinéa (a) peut ainsi être envisagé comme une application spécifique de l'alinéa (c) en ce qui concerne la notification, avec ses propres conditions, qui doivent, a priori, exclure le recours à l'alinéa (c) sur les questions qui relèvent de l'alinéa (a).

procédure devant être suivie¹⁴⁶. De tels États ne seraient pas disposés à reconnaître un jugement étranger si l'assignation a été signifiée d'une manière qu'ils considèrent comme portant atteinte à leur souveraineté. » L'alinéa (a)(ii) tient compte de ce point de vue en disposant que le tribunal requis peut refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement si la notification au défendeur dans l'État requis a été effectuée de manière incompatible avec les principes fondamentaux de cet État relatifs à la notification des documents.

235. Le projet de Convention ne définit pas les « principes fondamentaux » relatifs à la notification des documents, et le texte de l'alinéa (a)(ii), en se référant aux principes de l'État requis, suggère qu'aucun sens uniforme ou autonome n'est requis (mais qu'il doit toujours être tenu compte de la nécessité d'uniformité de l'interprétation à l'art. 23). La Convention de Notification de 1965, en vigueur dans 73 États contractants, dispose que la signification ou la notification en vertu de cet instrument ne peut être refusée que si celle-ci est de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis¹⁴⁷. Bien que le langage des deux instruments diffère, l'objectif est équivalent, garantir la protection des principes fondamentaux de l'État requis en ce qui concerne la notification de procédures étrangères dans cet État.

Alinéa (b)

236. **Introduction.** L'alinéa (b) dispose que l'obtention du jugement par la fraude est un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution. La fraude est un comportement visant délibérément à tromper afin d'obtenir un avantage injuste ou illicite ou de priver quelqu'un d'un droit. Alors que pour la plupart des États, ce moyen serait compris dans le moyen d'ordre public visé à l'alinéa (c), certains États traitent la fraude comme un moyen de défense autonome contre la reconnaissance et l'exécution¹⁴⁸.

237. La disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005 précise qu'elle s'applique à « une fraude relative à la procédure »¹⁴⁹. Le Rapport Hartley/Dogauchi déclare que cette spécificité supplémentaire de la Convention Élection de for de 2005 est présente « parce qu'il peut exister des systèmes de droit dans lesquels l'ordre public ne peut être soulevé pour les fraudes relatives à la procédure »¹⁵⁰. Ce rapport donne les exemples suivants pour l'application de ce moyen de défense : lorsqu'une partie « signifie l'attestation [...] délibérément à une mauvaise adresse », « fournit sciemment des renseignements erronés au défendeur quant au lieu et à la date de l'audience », « cherche à suborner un jugé, juré ou témoin » ou « dissimule délibérément des éléments de preuve essentiels »¹⁵¹. Ces exemples concernent les principes fondamentaux de l'équité procédurale, y compris le droit d'être entendu par un tribunal impartial et indépendant¹⁵². Ils concernent une fraude commise par une partie à la procédure au détriment de l'autre.

¹⁴⁶ 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 (ci-après, la « Convention Notification de 1965 ») en est l'exemple le plus important. Voir aussi le Règlement (CE) No 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), p. 79 à 120.

¹⁴⁷ Art. 13(1). Cela suppose que la demande de notification respecte par ailleurs les autres exigences de la Convention. Pour une analyse de la jurisprudence très restreinte sur cette disposition, voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification*, 4^e éd., La Haye, 2016, para. 220 à 224. La limite fondée sur « la souveraineté ou la sécurité » est également prévue dans la Convention Preuves de 1970 (art. 12(1)(b)). Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Preuves*, 3^e éd., La Haye, 2016, para. 310.

¹⁴⁸ Ce sont surtout des États de *common law* comme le Royaume-Uni, les États-Unis et le Canada. Pour une analyse du moyen de défense fondé sur la fraude dans les négociations en vue de l'avant-projet de Convention de 1999, voir C. Kessedjian, « 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. pré-l. No 9 de juillet 1998, *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013, p. 109 à 143, para. 40 à 45.

¹⁴⁹ Art. 9(d) de la Convention Élection de for de 2005.

¹⁵⁰ Voir Rapport Hartley/Dogauchi, note 228.

¹⁵¹ *Ibid.*, para. 188.

¹⁵² Voir, par exemple, le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* de 1966 (art. 14) et la *Convention européenne des droits de l'homme* (art.6(1)).

238. Le projet de Convention ne prévoit pas la limite relative à « une fraude relative à la procédure ». L'origine de cette suppression est une proposition présentée par Israël¹⁵³, dont le raisonnement a été résumé dans les termes suivants :

« Un expert d'Israël explique les raisons justifiant de s'écarter de la disposition correspondante de la Convention Élection de for de 2005. Il indique que de nombreux droits nationaux et accords bilatéraux ne comprennent ni restriction ni qualification du concept de fraude. Il convient de distinguer cette situation de la situation dans laquelle un accord d'élection de for peut préciser que les parties sont plus à l'aise avec le tribunal qui rend le jugement. Il insiste sur le fait que le refus de la reconnaissance et de l'exécution doit être possible même si la fraude n'est pas relative à la procédure¹⁵⁴. »

239. L'alinéa (b) a donc un champ d'application plus large que la disposition correspondante de la Convention Élection de for de 2005 et couvre la fraude en matière matérielle. Cela pourrait accroître le chevauchement entre cet alinéa et l'alinéa (c) (ordre public)¹⁵⁵.

Alinéa (c) – ordre public

240. **Introduction.** Le moyen de défense de l'ordre public contre la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est largement admis dans les systèmes de droit. À l'échelle internationale, il figure dans les Conventions de La Haye depuis plusieurs dizaines d'années¹⁵⁶ et dans la Convention de New York de 1958¹⁵⁷. Le texte du projet de Convention reprend la formulation de la Convention Élection de for de 2005¹⁵⁸.

241. **Manifestement incompatible avec l'ordre public.** Le moyen de défense de l'ordre public vise à offrir une dernière protection contre la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger considéré « manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis. » Le terme « manifestement » vise à fixer un seuil élevé. En effet, il est généralement admis que la notion d'ordre public doit être « interprétée strictement » et qu'il ne doit y être recouru « que dans les situations exceptionnelles¹⁵⁹ ». Ce qui signifie que la reconnaissance ou l'exécution du jugement en question « devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État où l'exécution est demandée ou d'un droit reconnu comme fondamental au sein de cet ordre juridique¹⁶⁰ ».

¹⁵³ Voir Doc. trav. No 24 de février 2016, « Proposition des délégations de l'Équateur et de l'Uruguay » (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016)).

¹⁵⁴ Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 6, para. 93.

¹⁵⁵ Le Rapport Hartley/Dogauchi précise, à la note 228, que « [l]a fraude relative au fond relèverait de l'exception d'ordre public de l'art. 9 e) ».

¹⁵⁶ Voir, par ex., la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, art. 2 ; la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, art. 16 ; la *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, art. 10 ; la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*, art. 5 et 14 ; la *Convention Trusts de 1985*, art. 18 ; la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, art. 24 ; la *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. 22 et 23 ; la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, art. 21 et 22 ; la *Convention Élection de for de 2005*, art. 6 et 9 ; et la *Convention Recouvrement des aliments de 2007*, art. 22. Il convient de noter que ces Conventions évoquent l'exception d'ordre public dans le contexte de la détermination de la loi applicable au litige.

¹⁵⁷ Art. V(2).

¹⁵⁸ Art. 9(e) de la Convention Élection de for de 2005. Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 189 et 190.

¹⁵⁹ Voir *Sheriff Court of Lothian and Borders at Selkirk*, 2012 S.L.T. (Sh Ct) 189, [eu égard à l'art. 22 de la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes], « l'utilisation du terme 'manifestement' suggère des circonstances dans lesquelles la reconnaissance d'une ordonnance serait contraire à la conscience juridique du tribunal. » ; *W v. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 2005 WL 2452746, [qui applique le Règlement Bruxelles II bis (CE No 1347/2000)], « le tribunal a conclu qu'il convient d'interpréter strictement cette disposition attendu qu'elle constitue un obstacle à la réalisation d'un des objectifs fondamentaux de la Convention. Concernant plus particulièrement le recours à la disposition portant sur l'ordre public, le tribunal a déclaré clairement qu'un tel recours n'est possible que dans des cas exceptionnels. »

¹⁶⁰ Voir le *Rapport explicatif par M. Fausto Pocar sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, signée à Lugano le 30 octobre 2007 (ci-après, le « Rapport Pocar sur la Convention de Lugano de 2007 »), JO 2009/C 319/01.

242. Il apparaît que l'adverbe « manifestement » a été employé précédemment pour dissuader d'un recours excessif à l'exception d'ordre public et pour limiter son emploi aux cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution du jugement conduiraient à un « résultat intolérable »¹⁶¹. Autrement dit, l'adverbe « manifestement » vise à garantir que les jugements des États sont reconnus et exécutés par les autres États dans toute la mesure du possible.

243. **Principes d'équité procédurale.** La formulation du moyen de défense de l'alinéa (c) est plus précise que celle qui a été retenue dans les précédents instruments de La Haye hormis la Convention Élection de for de 2005. En vertu de l'alinéa (c), l'ordre public comprend expressément « les cas où la procédure appliquée en l'espèce pour obtenir le jugement était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale » de l'État requis. Le Rapport Hartley/Dogauchi¹⁶² explique que dans certains États, les principes fondamentaux de l'équité procédurale (également appelée respect des droits de la défense, justice naturelle ou droit à un procès équitable) sont des normes constitutionnelles¹⁶³. Dans ces États, il pourrait être inconstitutionnel de reconnaître un jugement étranger obtenu dans une instance dans le cadre de laquelle une violation fondamentale de ces principes est survenue. La référence à l'alinéa (c) se recoupe avec les garanties procédurales et les principes fondamentaux relatifs à la notification de l'alinéa (a) et les préoccupations relatives à l'équité procédurale face à la fraude de l'alinéa (b). Cela devrait garantir qu'une protection procédurale appropriée est apportée aux parties face à une procédure de reconnaissance et d'exécution, indépendamment de la façon dont ces questions sont traitées dans l'État requis¹⁶⁴.

244. La teneur de l'exception d'ordre public est notoirement difficile à définir. Cependant, sa portée dans le projet de Convention doit être envisagée par rapport aux autres dispositions du texte. Comme l'indique le précédent alinéa, il y a chevauchement entre les autres moyens prévus au paragraphe premier et l'exception d'ordre public et en conséquence, celle-ci ne doit être interprétée comme allant au-delà des spécificités de ces moyens que lorsque considérer le contraire serait en contradiction « manifeste » avec les politiques essentielles de l'État requis.

245. Le caractère exceptionnel de l'exception d'ordre public implique qu'il ne suffit pas à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution d'invoquer une règle obligatoire du droit de l'État requis que le jugement étranger ne respecte pas. De fait, cette règle obligatoire peut être considérée impérative pour les affaires internes, mais non pour les situations internationales. L'exception d'ordre public visée à l'alinéa (c) ne doit entrer en jeu que lorsque cette règle obligatoire reflète une valeur fondamentale dont la violation serait manifeste si l'exécution du jugement étranger était autorisée. En ce sens, ce moyen de défense concerne « l'ordre public international » et non l'ordre public interne.

246. L'alinéa (c) ne précise pas qu'il renvoie à l'ordre public de l'État requis. Cela signifie qu'il n'y a aucune anticipation d'uniformité quant au contenu de l'ordre public dans chaque État. L'objectif général du projet de Convention, qui est de faciliter la circulation des jugements, devrait limiter les recours à ce moyen, comme devrait également le faire son champ d'application étroit décrit dans les paragraphes précédents, mais il appartient à chaque État de définir les contours de l'exception d'ordre public tel qu'elle s'appliquera à ses tribunaux. Ainsi, si un tribunal dans un État requis devait constater que la souveraineté ou la sécurité de cet État serait manifestement menacée par la reconnaissance ou l'exécution d'un certain jugement étranger, l'exception d'ordre public prévue à l'alinéa (c) offrirait un mécanisme pour refuser de donner effet à ce jugement.

247. **Domages et intérêts.** Le projet de Convention comprend aussi une disposition relative aux dommages et intérêts (art. 11), qui autorise un État requis à refuser d'exécuter un jugement dans la mesure où celui-ci accorde des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires. Dans certains États qui, en principe, n'autorisent pas les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires, le refus d'exécuter ces décisions s'est fondé sur l'exception d'ordre public.

¹⁶¹ Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique pour les responsables de dossiers concernant la Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments*, La Haye, 2014 ; voir aussi *Chaudhary v. Chaudhary*, Court of Appeal, [1985] 2 W.L.R. 350.

¹⁶² Rapport Hartley/Dogauchi, para. 190.

¹⁶³ Pour l'Europe, voir l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; pour les États-Unis d'Amérique, voir le cinquième et le quatorzième amendements de la Constitution américaine. De nombreux autres États ont des dispositions similaires.

¹⁶⁴ Voir, par ex., le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 153 sur l'exclusion de la fraude relative à la procédure du moyen d'ordre public dans certains États.

Toutefois, en raison de la présence de l'article 11 dans le système du projet de Convention, l'exception d'ordre public prévue à l'alinéa (c) ne doit pas être invoquée pour les contestations de la reconnaissance ou de l'exécution de jugements octroyant des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires¹⁶⁵, ce qui restreint encore l'exception d'ordre public en vertu du projet de Convention.

248. Bien que l'exception d'ordre public soit largement admise, elle aboutit rarement au refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement étranger, en particulier en matière civile ou commerciale¹⁶⁶. Les exemples où elle a abouti sont notamment les suivants : lorsque le tribunal étranger exécutait un contrat conclu en vue de commettre un acte illicite (contrebande)¹⁶⁷, lorsque le jugement étranger portait atteinte à des droits fondamentaux garantis par la constitution (liberté d'expression)¹⁶⁸, lorsque le jugement étranger exécutait une dette de jeu¹⁶⁹.

Alinéa (d)

249. Cet alinéa autorise le tribunal requis à refuser de donner effet à un jugement lorsque la procédure dans l'État d'origine était contraire à un accord d'élection de for ou à une désignation dans l'acte constitutif d'un trust. Il vise à protéger l'efficacité de l'accord ou de la désignation et, par là, à respecter l'autonomie des parties. Le recours à cet alinéa ne serait nécessaire que lorsque le tribunal d'origine était considéré compétent en vertu de l'article 5. Bien sûr, si le jugement ne remplissait aucun des critères de compétence, sa reconnaissance ou son exécution ne pourrait pas être envisagée en vertu du projet de Convention (hormis en vertu du droit interne, comme l'autorise l'art. 17).

250. **Exemples.** A introduit une demande en responsabilité contractuelle contre B dans l'État X, où l'obligation contractuelle sur laquelle se fonde la demande devait être exécutée. Toutefois, les parties avaient décidé de soumettre ce type de demande à la compétence exclusive des tribunaux de l'État Y. B comparaît devant le tribunal d'origine et conteste la compétence en invoquant l'accord d'élection de for, mais ce moyen de défense est écarté. Le jugement sur le fond est favorable à A. Sa reconnaissance ou son exécution peut être toutefois refusée en vertu de l'alinéa (d), car la procédure dans l'État X serait contraire à l'accord d'élection de for. Notons que si B comparaisait devant les tribunaux de l'État X et se défendait sur le fond sans contester la compétence, l'alinéa (d), en principe, ne s'appliquerait pas¹⁷⁰.

251. Cet alinéa s'applique indépendamment de la nature de l'accord d'élection de for, qu'il soit exclusif ou non, dans la mesure où il excluait valablement la compétence du tribunal d'origine. Il s'applique également si le tribunal choisi par les parties ou désigné dans l'acte constitutif du trust était le tribunal d'un État contractant ou celui d'un État tiers. La validité et l'efficacité de l'accord ou de la désignation sont régies par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

¹⁶⁵ La possibilité de dissocier la composante punitive des dommages et intérêts de la composante compensatoire pour ne reconnaître que la seconde est en outre étayée par l'art. 10 du projet de Convention.

¹⁶⁶ Dans une décision de 1998 de la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles, seulement trois refus d'exécuter pour des motifs d'ordre public ont été notés, dont deux étaient en matière familiale, laquelle est exclue en vertu du projet de Convention (voir *Soleimany v. Soleimany*, [1998] EWCA Civ 285). Dans l'édition la plus récente du *Jurisque de droit international*, la quasi-totalité des exemples de refus des juridictions françaises concerne le droit de la famille (divorce, filiation et adoption) – voir Fascicule 584-40.

¹⁶⁷ Voir *Soleimany v. Soleimany*, [1998] EWCA Civ 285. Bien que cette affaire ait concerné une sentence arbitrale et non un jugement étranger, le tribunal a déclaré qu'il aurait clairement refusé d'exécuter la sentence si celle-ci avait été un jugement rendu par un tribunal étranger.

¹⁶⁸ Voir *Bachchan v. India Abroad Publ'n Inc.*, 154 Misc. 2d 228, 235 (N.Y. sup. Ct. 1992), dans laquelle la reconnaissance d'un jugement anglais portant sur la diffamation a été refusée à New York. Voir toutefois la discussion sur l'ordre public et la liberté d'expression dans *Yahoo! v. LICRA*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

¹⁶⁹ Voir *Sporting Index Limited v. John O'Shea* [2015] IEHC 407 (Haute Cour d'Irlande) ; *The Ritz Hotel Casino Ltd v. Datuk Seri Osu Haji Sukam*, [2005] 6 *Malayan Law Journal* 760 (Haute Cour de Malaisie). Mais d'autres tribunaux ont rejeté ce motif de l'ordre public si le jeu était légal sur le lieu où la dette a été contractée ; voir, par ex., *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 6 O.R. (3d) 737 (Ontario C.A.) ; *G.N.L.V. Corp. v. Wan*, [1991] B.C.J. No. 3725 (British Columbia S.C.) ; *Liao Eng Kiat v. Burswood Nominees Ltd*, [2004] 4 S.L.R. 690 (Cour d'appel de Singapour). Sur la diversité des approches en matière de dettes de jeu, voir Z.S. Tang, « Cross-Border Enforcement of Gambling Contracts: A Comparative Study » (2014), *International Journal of Private Law*, vol. 7 (1), 2014.

¹⁷⁰ La soumission du défendeur peut être considérée comme une dérogation implicite à l'accord d'élection de for ; par conséquent le jugement n'y serait pas contraire.

Alinéas (e) et (f)

252. **Introduction.** Ces deux alinéas illustrent le fait qu'en situation internationale, plusieurs tribunaux peuvent être compétents sur un litige et que des procédures multiples ou parallèles peuvent être introduites devant des tribunaux, ce qui aboutit à plusieurs jugements. La règle de litispendance vise à prévenir cette situation au stade juridictionnel, mais elle n'est pas universellement reconnue. Lorsque des jugements contradictoires sont rendus, une question de hiérarchie se pose : à quel jugement faut-il accorder la préséance ? L'article 7(1) distingue deux situations : premièrement, le jugement concurrent a été rendu par un tribunal dans l'État requis et, deuxièmement, le jugement concurrent a été rendu dans un autre État (que l'État d'origine). Ces dispositions sont identiques à celles de la Convention Élection de for de 2005 (art. 9(f) et (g)). L'article 7(2), quant à lui, concerne les situations dans lesquelles la procédure dans l'État requis est encore pendante lorsque la reconnaissance ou l'exécution est demandée.

253. **Incompatibilité avec un jugement rendu dans l'État requis.** Dans le premier cas, l'alinéa (e) précise que la reconnaissance ou l'exécution du jugement rendu dans l'État d'origine peut être refusée lorsque ce jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis. Une double condition est posée : les jugements doivent être « incompatibles » et le jugement rendu dans l'État requis doit avoir été prononcé « dans un litige entre les mêmes parties »¹⁷¹. Il n'est pas nécessaire qu'il soit antérieur au jugement concurrent ni qu'il ait résulté de la même cause. L'alinéa (e) est donc plus large que l'alinéa (f) et que le paragraphe 2 de l'article 7 car il n'exige pas que les deux jugements aient le même objet¹⁷². Les deux jugements seront « incompatibles » lorsque les constatations de fait ou de droit concernant les mêmes questions sur lesquelles ils se fondent s'excluent mutuellement.

254. **Incompatibilité avec un jugement rendu dans un autre État.** Dans le deuxième cas, l'alinéa (f) impose des conditions supplémentaires pour justifier un refus de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement rendu dans un État d'origine qui est incompatible avec un jugement rendu dans un troisième État, contractant ou non, autrement dit, lorsque les deux jugements émanent d'États étrangers. La première condition est que le jugement émanant du troisième État soit *antérieur* au jugement prononcé dans l'État d'origine, quel que soit le tribunal saisi en premier. La priorité est donc accordée au jugement le plus ancien. La deuxième condition est que les deux jugements concernent les mêmes parties et le même objet¹⁷³. Cette condition est plus étroite que la condition prévue à l'alinéa (e) mais parallèle au motif de litispendance formulé au paragraphe 2¹⁷⁴. La version anglaise emploie « *same subject matter* » pour rendre l'expression « ayant le même objet ». La Convention Élection de for de 2005 emploie quant à elle le terme « cause ». Ces expressions sont considérées équivalentes en vertu du projet de Convention et visent à exclure la condition d'une identité de « cause » entre les deux jugements, jugée trop exigeante dans un instrument international compte tenu de la diversité des causes d'un État à l'autre. L'élément clé est que la « question centrale ou essentielle » (*Kernpunkt*) doit être la même dans les deux jugements. La condition finale est que le jugement

¹⁷¹ Le Rapport Hartley/Dogauchi précise, à la note 231 : « L'exigence d'identité des parties sera remplie si les parties liées par les jugements sont identiques, même si les parties à la procédure sont différentes, par ex. lorsque l'un des jugements est rendu à l'encontre d'une personne et l'autre à l'encontre de son successeur. » (voir *supra*, para. 65).

¹⁷² Dans le contexte du Règlement Bruxelles I, cette différence a été illustrée dans l'affaire C-145/86, 4 février 1988, EU:C:1988:61, dans laquelle la Cour a jugé qu'une décision étrangère condamnant un époux à verser des aliments à son épouse au titre de ses obligations d'entretien résultant d'un mariage qui n'avait pas été dissous était inconciliable avec un jugement national prononçant le divorce des époux. Notons toutefois que le projet de Convention ne s'applique pas aux obligations alimentaires.

¹⁷³ La version anglaise emploie « *same subject matter* » pour rendre l'expression « ayant le même objet ». Ces deux expressions sont considérées équivalentes en vertu du projet de Convention et visent à exclure la condition d'une identité de « cause » entre les deux jugements, jugée trop exigeante dans un instrument international compte tenu de la diversité des causes d'un État à l'autre.

¹⁷⁴ Selon le Rapport Pocar sur la Convention de Lugano de 2007, para. 139 : « Dans ce type de cas, le fait que les décisions soient inconciliables empêche la reconnaissance de la dernière d'entre elles, mais uniquement si les décisions ont été rendues entre les mêmes parties dans des litiges ayant le même objet et la même cause et toujours à condition, bien entendu, qu'elles remplissent les conditions nécessaires à leur reconnaissance dans l'État requis. Si elles n'ont pas le même objet ou la même cause, les décisions sont toutes les deux reconnues, même si elles sont inconciliables. L'inconciliabilité devra alors être réglée par la juridiction nationale devant laquelle l'exécution est demandée, celle-ci pouvant appliquer à cette fin les règles de son propre système et accorder de l'importance à des facteurs autres que l'ordre dans lequel les décisions ont été rendues, par exemple l'ordre dans lequel les actions ont été intentées ou l'ordre dans lequel elles sont passées en force de chose jugée, deux critères qui ne figurent pas parmi les conditions de reconnaissance prévues par la convention. »

antérieur remplisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance ou son exécution dans l'État requis, qu'une procédure à cette fin ait ou non été introduite dans l'État requis.

[Alinéa (g)]

255. **[Contrôle du droit appliqué par le tribunal d'origine.** L'article 4(1) et (2) dispose qu'un jugement rendu dans un État est reconnu et exécuté dans un autre État, sans révision au fond (à moins que ladite révision soit nécessaire pour appliquer le projet de Convention). Cette disposition empêche, par exemple, le tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution au seul motif que le tribunal d'origine a appliqué une autre loi que celle qui aurait été appliquée en vertu des règles de conflit de lois de l'État requis. L'alinéa (g) prévoit une exception à l'article 4(2) pour les droits de propriété intellectuelle. Aux termes de cette disposition, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées lorsque le jugement portait sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle et que le tribunal d'origine a appliqué à ce droit une autre loi que celle qui le régit. Naturellement, dans cet alinéa, la loi qui régit ce droit est déterminée par les règles de conflit de lois de l'État requis. La reconnaissance et l'exécution peuvent donc être refusées si le tribunal d'origine a appliqué, à la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle, une autre loi que celle qui aurait été appliquée en vertu des règles de conflit de lois de l'État requis. Contrairement aux autres paragraphes de l'article 7, cette disposition s'applique seulement aux jugements portant sur la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle.

256. **Raisonnement.** En principe, et même s'il couvre les droits de propriété intellectuelle enregistrés et non enregistrés, ce motif de refus de reconnaissance vise à préserver le principe de territorialité et, en particulier, l'application de la *lex loci protectionis* (voir, *supra*, para. 166). Étant donné que le projet de Convention garantit la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un autre État que l'État de l'enregistrement, par exemple, l'État de la résidence habituelle du défendeur, l'alinéa (g) autorise les autres États à refuser la reconnaissance de ce jugement si le tribunal d'origine n'a pas appliqué la loi de l'État où le droit de propriété intellectuelle victime de la contrefaçon était enregistré.

257. **Exemple.** A introduit une demande contre B dans l'État X, où B a sa résidence habituelle. Le jugement porte sur la contrefaçon d'un brevet qui n'est enregistré que dans l'État Y, mais applique à cette contrefaçon la *lex fori*, c'est-à-dire la loi de l'État X. Toutefois, en vertu du principe de territorialité, ce brevet ne pouvait être contrefait que dans l'État Y, puisque la contrefaçon ne peut se produire que dans l'État où existe le droit de propriété intellectuelle. Dans ce cas, l'alinéa (g) autorise les autres États à refuser la reconnaissance ou l'exécution de ce jugement.]

Paragraphe 2

258. **Litispendance dans l'État requis.** Le projet de Convention ne contient pas de règle de compétence directe et ne prévoit donc pas de règle de litispendance. Par conséquent, des procédures parallèles entre les mêmes parties et ayant le même objet peuvent être introduites dans différents États. L'article 7 énonce trois règles pour déterminer comment traiter les jugements dans ces situations. Le paragraphe 1(e) et (f) concerne les situations dans lesquelles les procédures parallèles ont été conclues et les jugements sont incompatibles. Le paragraphe 2 concerne les situations dans lesquelles une procédure est encore pendante dans l'État requis au moment où la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un autre État est sollicitée¹⁷⁵. Une procédure pendante dans un autre État ne peut être invoquée pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. En outre, la procédure pendante dans l'État requis doit avoir « le même objet » et être « entre les mêmes parties ». Dans ce cas, la reconnaissance ou l'exécution peut être reportée ou refusée si deux conditions cumulatives sont remplies.

259. **Première condition.** Aux termes du paragraphe 2(a), le tribunal de l'État requis doit avoir été le premier saisi, c'est-à-dire que ce motif de refus ne peut être invoqué que si la procédure dans l'État requis a été ouverte avant celle de l'État d'origine. La logique est que, dans ce scénario et du point de vue de l'État requis, le tribunal d'origine aurait dû se désister en faveur du tribunal premier saisi, qui était prioritaire : il aurait dû suspendre ou refuser

¹⁷⁵ L'avant-projet de Convention de 1999 contenait une disposition parallèle (voir art. 28(1)(a)).

l'ouverture de la procédure puisque le même litige était déjà pendant dans un autre État (sur le moment auquel un tribunal est saisi, voir, *supra*, para. 29).

260. Deuxième condition. Toutefois, la priorité n'est pas suffisante en elle-même. Aux termes du paragraphe 2(b), il doit exister un lien étroit entre le litige et l'État requis. Cette condition vise à prévenir les comportements stratégiques ou opportunistes d'une des parties au litige, par exemple, qu'un défendeur potentiel dans un État déménage dans un autre État et y poursuive l'autre partie, sollicitant une « déclaration négative » dans le seul but d'empêcher la reconnaissance ou l'exécution future du jugement étranger et sur le fondement d'une compétence exorbitante. Le projet de Convention ne précise pas quels chefs de compétence répondent à la condition du « lien étroit ». En principe, tous les critères de compétence énumérés à l'article 5 satisfont à cette condition mais il peut y en avoir d'autres, par exemple, le lieu où le préjudice a été subi directement dans les litiges en responsabilité délictuelle. En revanche, la seule nationalité du demandeur ou son domicile dans l'État requis ne seraient pas suffisants¹⁷⁶.

261. Conséquences. Si ces trois conditions sont remplies, la reconnaissance et l'exécution du jugement rendu dans un autre État peuvent être différées ou refusées. Le paragraphe 2 précise que le refus visé dans ce paragraphe n'interdit pas de demander ultérieurement la reconnaissance ou l'exécution du jugement. Cette disposition concerne les situations dans lesquelles la procédure dans l'État requis est conclue sans jugement sur le fond (par ex., pour des raisons procédurales) ou avec une décision sur le fond compatible avec le jugement étranger.

Article 8 – Questions préalables

262. Introduction. L'article 8 concerne les matières tranchées à titre de questions préalables ou « incidentes », c'est-à-dire des questions qui ne constituent pas l'objet principal ou la « question principale » de la procédure mais qui doivent être réglées avant qu'une décision sur la demande du plaignant puisse être rendue¹⁷⁷. L'article 8 admet ainsi que les questions de droit dans un jugement peuvent être à la fois dissociables (distinctes les unes des autres) mais envisagées successivement (une décision sur la question principale est fondée sur une décision portant sur une autre question, préalable). Ainsi, dans une action en dommages et intérêts relative à un brevet (objet principal) par exemple, le tribunal pourrait avoir d'abord à déterminer si le brevet est valable (question préalable) ou, dans une action en dommages et intérêts pour violation de contrat (objet principal), le tribunal pourrait avoir à statuer sur la capacité d'une partie à conclure le contrat (question préalable). Ces questions préalables sont habituellement, mais pas toujours, introduites par le défendeur comme moyen de défense.

263. L'article 8 concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur des questions préalables, mais seulement lorsqu'elles concernent (i) une question exclue du champ d'application du projet de Convention ou (ii) des matières envisagées par l'article 6 (fondements exclusifs de compétence) lorsque le tribunal d'origine n'est pas le tribunal mentionné dans cet article¹⁷⁸. Toutefois, le projet de Convention est silencieux sur les hypothèses dans lesquelles la question préalable n'entre dans aucune de ces catégories. Ainsi, dans une action portant sur des dommages à un bien meuble (objet principal), le tribunal pourrait statuer sur la propriété de ce bien (question préalable). En principe, un jugement portant sur une question préalable non couverte par l'article 8 est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention si le tribunal d'origine avait compétence en vertu de l'article 5 sur l'objet de la procédure. La décision relative à la question préalable a les effets déterminés par la loi de l'État d'origine (voir, *infra*, art. 9).

¹⁷⁶ L'art. 18 de l'avant-projet de Convention de 1999 (« compétences interdites ») doit être une référence pour déterminer quels chefs de compétence ne répondent pas au critère de lien étroit.

¹⁷⁷ Le terme « objet » désigne la matière sur laquelle la procédure porte directement et qui est principalement déterminée par la demande du plaignant ; voir Rapport Hartley/Dogauchi, para. 77 et 149. Les termes « questions à titre incident » et « question à titre principal » sont employés dans le Rapport Nygh/Pocar, para. 177.

¹⁷⁸ [Rapporteurs : Le premier para. de l'art. 8 se comprend difficilement. Le Comité de rédaction pourrait envisager d'insérer une virgule après le mot *ruled* dans la version anglaise pour bien montrer qu'il y a deux possibilités.]

264. **Structure de l'article 8.** Cette disposition énonce le principe selon lequel l'application des règles du projet de Convention est déterminée par l'objet principal de la procédure et non par les questions préalables. Par conséquent, la règle générale est qu'un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention si, au regard de son objet principal, il remplit un des critères de compétence visés à l'article 5. Le seul fait qu'une matière exclue du champ d'application du projet de Convention ou relevant de l'article 6 suscite une question préalable n'empêche pas la reconnaissance et l'exécution du jugement qui s'ensuit en vertu du projet de Convention lorsque l'objet principal du jugement entre dans le champ d'application. Conformément à ce principe général, l'article 8 contient trois règles dédiées aux questions préalables. Le paragraphe premier dispose que la reconnaissance et l'exécution du jugement ne s'étend pas à la question préalable si celle-ci porte sur une matière exclue du champ d'application du projet de Convention ou si elle est soumise à la compétence exclusive d'autres tribunaux en vertu de l'article 6. Le paragraphe 2 nuance cette règle générale, c'est-à-dire la reconnaissance et l'exécution du jugement en ce qui concerne l'objet principal, si et dans la mesure où le jugement est fondé sur une décision relative à la question préalable. Et enfin, le paragraphe 3 nuance l'application de cette dernière disposition en ce qui concerne les jugements portant sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré à titre préalable.

Paragraphe premier

265. Le paragraphe premier exclut les décisions portant sur certaines questions préalables des règles du projet de Convention relatives à la reconnaissance et l'exécution. Aux termes de cette disposition, lorsqu'une matière à laquelle le projet de Convention ne s'applique pas a été soulevée à titre de question préalable, ou lorsqu'une matière visée à l'article 6 a été soulevée à titre de question préalable par un autre tribunal que celui qui est désigné dans cet article, la décision portant sur cette question n'est pas reconnue ni exécutée en vertu du projet de Convention. Naturellement, cette disposition n'interdit pas aux États de reconnaître et d'exécuter ces décisions en vertu de leur droit interne.

266. Cette disposition repose sur deux postulats. Premièrement, le principe général exposé plus haut est que l'application des règles du projet de Convention est déterminée par l'objet de la procédure et non par la question préalable (voir aussi, *supra*, art. 2(2)). Par conséquent, un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'article 5 s'il remplit un des critères de compétence énoncés dans cette disposition en ce qui concerne *l'objet principal* de la procédure. Deuxièmement, le tribunal d'origine a déjà statué sur une question préalable et, conformément à son droit, cette décision produit ses effets sur les procédures ultérieures. À titre d'exemple, en vertu de la doctrine de l'« *issue estoppel* », du « *collateral estoppel* » ou de l'« *issue preclusion* », les décisions rendues sur des questions préalables doivent être reconnues dans les procédures ultérieures¹⁷⁹. L'objet du paragraphe premier est d'exclure la reconnaissance de ces effets en vertu du projet de Convention. En effet, si, en vertu du droit de l'État d'origine, la décision relative à la question préalable ne produisait pas d'effet, le paragraphe premier serait inutile.

267. **Matières exclues du champ d'application du projet de Convention.** Toutefois, le paragraphe premier n'exclut que la reconnaissance des décisions portant sur certaines questions préalables. *Premièrement*, les décisions sur les matières auxquelles le projet de Convention ne s'applique pas. Ce sont à la fois les matières qui n'ont pas la qualification civile ou commerciale en vertu de l'article 1(1) et les matières expressément exclues en vertu de l'article 2, mais aussi celles qui sont exclues par une déclaration faite par l'État requis en vertu de l'article 21. Si le projet de Convention ne s'applique pas à ces matières, même soulevées à titre de question préalable, les décisions qui les concernent ne doivent pas bénéficier de l'application du projet de Convention.

268. **Exemples.** Ainsi, par exemple, si un jugement portant sur une violation de contrat a statué, à titre de question préalable, sur la capacité d'une des parties (une personne physique) à conclure le contrat, la décision portant sur cette question préalable ne serait pas reconnue en vertu du projet de Convention (car cette matière est exclue du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'art. 2(1)(a)). Ou, si un jugement portant sur la responsabilité des administrateurs a tranché, à titre de question préalable, sur la validité d'une décision de

¹⁷⁹ Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 195 et 196.

l'assemblée générale des actionnaires, la décision portant sur cette question préalable ne serait pas reconnue en vertu du projet de Convention (car cette matière est exclue du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'art. 2(1)(a)). Cependant, le jugement portant sur l'objet principal bénéficierait de la reconnaissance et de l'exécution en vertu du projet de Convention. Ainsi, dans le cas d'un jugement contenant une décision, comme une question préalable, sur la capacité juridique d'une personne physique à conclure un contrat, qui juge, en ce qui concerne son objet principal, qu'une partie a droit à recevoir un paiement pour violation de ce même contrat, le jugement condamnant à des dommages et intérêts serait reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention, mais pas la décision sur la question préalable de la capacité (voir aussi l'art. 2(2)). Il s'ensuit qu'un tel jugement ne peut faire obstacle à l'ouverture d'une procédure dans l'État requis dont l'objet principal est la capacité d'une personne physique (ou, dans le deuxième exemple, la validité d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires) : dans ce cas, il reviendrait à la loi de l'État requis de résoudre le conflit éventuel entre les jugements, par exemple, si les effets du jugement étranger peuvent être révisés lorsqu'un nouveau jugement sur la « question préalable » est rendu dans l'État requis, mais cette fois en tant qu'objet principal. Comme l'explique le Rapport Hartley/Dogauchi, dans le cas de décisions sur des matières échappant au champ d'application du projet de Convention, « [...] la question est d'une telle importance qu'il a été jugé souhaitable d'avoir une disposition expresse [...] »¹⁸⁰.

269. Matières visées à l'article 6. *Deuxièmement*, le paragraphe premier couvre également les matières mentionnées à l'article 6 sur lesquelles a statué un autre tribunal que le tribunal désigné dans cet article. Ainsi, si un jugement sur des dommages et intérêts rendu dans l'État X sur la base de la résidence du défendeur, a statué à titre préalable sur la propriété d'un immeuble situé dans l'État Y, la décision sur cette question préliminaire ne serait pas reconnue en vertu du projet de Convention. Ou, si un jugement sur des dommages et intérêts rendu dans l'État X a statué à titre préalable sur la validité d'un brevet enregistré dans l'État Y, la décision sur cette question préliminaire ne serait pas reconnue en vertu du projet de Convention. Naturellement, le tribunal de l'État requis doit reconnaître et exécuter la décision principale, à savoir la décision sur les dommages et intérêts conformément au projet de Convention, mais non la question préalable. Comme il est expliqué au paragraphe qui précède, cela implique que le jugement étranger ne peut empêcher (en vertu de l'« *issue estoppel* » ou d'une doctrine similaire) une nouvelle procédure dans l'État dont les tribunaux ont compétence exclusive sur ces matières de statuer sur le droit réel immobilier ou sur la validité du brevet en question.

Paragraphe 2

270. Jugements fondés sur une question préalable. Le paragraphe 2 ne traite pas de la reconnaissance ou de l'exécution des décisions portant sur des questions préalables, mais sur les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution. Cette disposition ajoute un motif de non-reconnaissance venant s'ajouter aux motifs énoncés à l'article 7. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée *si, et dans la mesure où*, le jugement était fondé (i) sur une décision relative à une matière exclue du champ d'application du projet de Convention (ii) sur une décision relative à une matière visée à l'article 6 qui a été rendue par un autre tribunal que celui désigné dans cette disposition. Ainsi, en vertu du paragraphe 2, le tribunal de l'État requis peut refuser de reconnaître un jugement portant sur la nullité d'un contrat (objet principal) *si, et dans la mesure où*, il était fondé sur une décision relative à l'incapacité d'une personne physique à conclure ce type de contrat (question préalable).

271. L'application concrète de cette disposition exige que le tribunal de l'État requis examine la teneur du jugement étranger et qu'il vérifie « si et dans [quelle] mesure » la décision relative à l'objet principal de la procédure est fondée sur la décision portant sur la question préalable, c'est-à-dire si une décision différente sur cette question préalable aurait abouti à un jugement différent. Autrement dit, le tribunal de l'État requis doit vérifier si la décision portant sur la question préalable fournit la base nécessaire sur laquelle le jugement est fondé¹⁸¹. En outre, le Rapport Hartley/Dogauchi précise que cette exception ne doit être utilisée que lorsque le tribunal de l'État requis aurait tranché la question préalable de manière différente¹⁸².

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 196.

¹⁸¹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 200.

¹⁸² *Ibid.*, para. 198.

Paragraphe 3

272. Le paragraphe 3 apporte une nuance importante au paragraphe 2 dans le domaine où cette dernière disposition a le plus de chances de s'appliquer : la propriété intellectuelle. Ce paragraphe dispose que lorsqu'un jugement est fondé sur une décision relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré, sa reconnaissance ou son exécution *ne* peut être refusée en vertu du paragraphe 2 ou reportée *que* sous certaines conditions. Cette nuance ne s'applique pas aux décisions portant sur des matières exclues du champ d'application du projet de Convention soulevées à titre de question préalable.

273. **Alinéa (a).** Aux termes de l'alinéa (a), la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, la décision sur la validité du droit de propriété intellectuelle enregistré soulevée à titre de question préalable est incompatible avec un jugement ou une décision rendue sur ce point par une autorité compétente (par exemple, un office de brevets) de l'État où ce droit est enregistré ou réputé enregistré¹⁸³. Ce peut être un État contractant ou non contractant, car le projet de Convention protège également la compétence exclusive des États non contractants dans ce domaine. Cette disposition donne la préférence aux décisions des tribunaux de l'État d'enregistrement mais seulement dans la mesure où (i) une décision sur la validité du droit de propriété intellectuelle concerné a déjà été rendue dans cet État et (ii) cette décision est incompatible avec la décision rendue par le tribunal d'origine sur la même question mais à titre préalable¹⁸⁴.

274. Imaginons par exemple un jugement sur des dommages et intérêts rendu dans l'État X qui a statué sur la validité d'un brevet enregistré dans l'État Y à titre de question préalable. La décision conclut à la validité du brevet et, en conséquence, le jugement condamne le défendeur à payer des dommages et intérêts au créancier du jugement. Le défendeur dans l'État X introduit alors une procédure dans l'État Y dont l'objet principal est la validité du brevet, et les tribunaux de l'État Y rendent un jugement concluant à la nullité du brevet. Conformément à l'alinéa (a), les tribunaux de l'État requis (qui peut être l'État Y ou un autre État contractant) peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement rendu dans l'État X¹⁸⁵.

275. **Alinéa (b).** Conformément à l'alinéa (b), la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée ou différée si une procédure relative à la validité du droit de propriété intellectuelle est pendante dans l'État de l'enregistrement, à savoir l'État où ce droit est enregistré ou réputé enregistré. Il peut s'agir d'un État contractant ou non contractant. Cette disposition donne au tribunal de l'État requis le pouvoir de refuser la reconnaissance ou l'exécution¹⁸⁶ ou de suspendre la décision dans l'attente du jugement des tribunaux (ou des autorités compétentes) ayant une compétence exclusive sur la validité du droit de propriété intellectuelle en question. Si ces derniers tribunaux jugent que le brevet est valable, la reconnaissance ou l'exécution du jugement ne peut être refusée en vertu de l'alinéa (b) ; elle peut l'être dans le cas contraire.

276. Notons que le paragraphe 3 restreint le champ d'application du paragraphe 2 et qu'à ce titre, il réduit la possibilité d'utiliser la nullité du droit de propriété intellectuelle enregistré de façon stratégique pour se défendre. En effet, le défendeur ne peut bénéficier du paragraphe 3 que si un jugement favorable sur la nullité du droit de propriété intellectuelle enregistré a été rendu dans l'État de l'enregistrement ou si, au minimum, une procédure sur la validité ou la nullité du droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

Article 9 – Effets équivalents

277. **Effets.** Les jugements portant sur le fond d'un litige peuvent avoir différents effets, généralement matériels et procéduraux. Les effets matériels ou dispositifs découlent de la décision faisant autorité rendue par le tribunal quant au fond et à la teneur de la relation en jeu. Dans certains systèmes juridiques, ces effets sont appelés autorité matérielle de chose

¹⁸³ Dans la première hypothèse, rien ne justifie de différer la décision sur la reconnaissance ou l'exécution.

¹⁸⁴ Notons que l'art. 7(1)(f) peut se recouper partiellement avec cette disposition.

¹⁸⁵ Notons que dans cet exemple, l'art. 7(1)(f) ne s'appliquerait pas car le jugement rendu dans l'État Y est postérieur au jugement prononcé dans l'État X.

¹⁸⁶ Dans ce cas, un refus n'empêche pas le créancier du jugement d'introduire une nouvelle instance une fois que la validité a été confirmée par les tribunaux de l'État d'enregistrement, comme indiqué au para. 3.

jugée ou *res judicata*. Du point de vue procédural, un jugement peut, sous certaines conditions, faire obstacle aux procédures ultérieures sur la même question (forclusion ou *formal res judicata*). En outre, en vertu de la doctrine dite du « *collateral estoppel* » ou de l'« *issue preclusion* », un jugement peut aussi avoir des effets plus larges en empêchant des procédures ultérieures, même sur des questions qui n'ont pas été tranchées expressément. Il en va de même en ce qui concerne les personnes liées par l'autorité du jugement. Celui-ci peut s'imposer à des personnes qui, sans avoir pris part à la procédure, ont une relation particulière avec les parties.

278. **Doctrine de l'extension.** Les effets possibles d'un jugement diffèrent d'un État ou d'un territoire à l'autre. L'article 9, première phrase, qui ne figure pas dans la Convention Élection de for de 2005, vise à garantir que les jugements étrangers ont, dans l'État requis, les mêmes effets que ceux qu'ils auraient dans l'État d'origine. Cette disposition est fondée sur la doctrine dite « de l'extension » : la loi de l'État d'origine détermine les effets que le jugement doit produire. Autrement dit, la reconnaissance d'un jugement étranger implique d'*étendre* les effets qu'il produit en vertu de la loi de l'État d'origine et non de l'assimiler à une décision de l'État requis. L'objet de cette option est de garantir qu'en principe, un jugement a les mêmes effets dans tous les États, et non des effets différents en fonction de l'État requis.

279. **Remplacement.** La doctrine de l'extension est le point de départ du projet de Convention, mais elle a certaines limites¹⁸⁷. Le projet de Convention n'oblige pas l'État requis à prévoir des mesures qui n'existent pas dans son droit interne. L'article 9, deuxième phrase, instaure, dans ces hypothèses, une obligation de remplacement en vertu de laquelle l'État requis doit remplacer la mesure inexistante par des mesures ayant des effets équivalents. Ainsi, lorsqu'un jugement étranger contient une mesure ou une injonction qui est inconnue dans le droit de l'État requis, cette mesure ou injonction devra autant que possible être adaptée pour la rapprocher d'une mesure ou d'une injonction qui, dans le droit interne de cet État, a des effets équivalents et poursuit des objectifs similaires¹⁸⁸. En pratique, cette obligation concerne principalement les ordonnances non pécuniaires ; par exemple, lorsqu'un jugement non pécuniaire est assorti d'une mesure coercitive, comme une astreinte, et que cette mesure est « inconnue » dans l'État requis mais que celui-ci connaît une mesure équivalente¹⁸⁹. Notons que le remplacement n'est requis que « dans la mesure du possible », c'est-à-dire si le droit de l'État requis prévoit une mesure dont les objectifs et les intérêts sont équivalents à ceux de la mesure étrangère « inconnue ». Naturellement, ce remplacement ne doit pas aller au-delà des effets du jugement étranger en vertu de la loi de l'État d'origine. C'est le tribunal de l'État requis qui déterminera comment et par qui ce remplacement doit être opéré. La formulation de cette disposition admet que le remplacement n'est pas toujours possible mais elle exige que l'État requis fasse un réel effort pour remplacer la mesure en cause.

Article 10 – Divisibilité

280. L'article 10 prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elle est demandée ou lorsqu'une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention¹⁹⁰. Ainsi, si la partie d'un jugement condamnant une des parties à des dommages et intérêts punitifs n'est pas exécutée en application de l'article 11, le reste du jugement doit être exécuté s'il répond aux autres exigences du projet de Convention. Il en irait ainsi également lorsque des parties du jugement ne seraient pas susceptibles d'être reconnues ou exécutées parce qu'elles portent sur des matières exclues du champ d'application du projet de Convention, parce qu'elles sont contraires à l'ordre public ou parce qu'il s'agit de mesures provisoires qui n'ont pas l'autorité de la chose jugée ou ne sont pas encore exécutoires dans l'État d'origine. Dans ce dernier cas toutefois, l'État requis peut préférer différer la décision sur la reconnaissance et l'exécution, comme l'autorise l'article 4(4)(b). Un autre exemple serait

¹⁸⁷ Notons que l'exception d'ordre public peut aussi jouer un rôle dans ce contexte. Cette clause peut être pertinente, par exemple, lorsque le jugement étend ses effets à des questions qui n'ont pas été expressément tranchées ou à des personnes qui n'ont pas pris part à la procédure et que cela peut être considéré comme un déni de justice en vertu du droit de l'État requis.

¹⁸⁸ C'est ainsi que le principe de remplacement est exprimé dans le règlement Bruxelles I *bis* (voir considérant 28).

¹⁸⁹ Voir par exemple, CJUE, arrêt du 12 avril 2011, *DHL Express France SAS c. Chronopost SA*, C-235/09, EU:C:2011:238.

¹⁹⁰ Cet article reproduit l'art. 15 de la Convention Élection de for de 2005. Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 217.

celui d'un jugement statuant sur plusieurs obligations contractuelles lorsque le critère de compétence énoncé à l'article 5(1)(g) n'est rempli que pour l'une d'entre elles¹⁹¹.

281. Pour être dissociable, la partie en question doit pouvoir être autonome, cette autonomie étant en principe déterminée par la possibilité de n'exécuter qu'une partie du jugement sans modifier en profondeur les obligations des parties. Dans la mesure où cela soulève des questions de droit, celles-ci seront tranchées conformément à la loi de l'État requis¹⁹².

Article 11 – Dommages et intérêts

282. L'article 11 autorise le tribunal requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts accordés ne constituent pas une réparation de la perte ou du préjudice réellement subis par une partie.

283. Cette disposition mentionne les dommages et intérêts exemplaires et punitifs. Ces deux adjectifs ont le même sens et dénotent que ces dommages et intérêts ont un objectif expressément punitif, par opposition à un objectif compensatoire avant tout. S'il est généralement admis que les dommages et intérêts compensatoires peuvent avoir un effet dissuasif, ce n'est pas leur premier objectif, qui est plutôt de réparer le préjudice effectivement subi par la partie à laquelle ils sont accordés. En revanche, les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires sont généralement accordés pour exprimer une condamnation d'un comportement particulièrement inacceptable de l'auteur du préjudice.

284. Le texte de l'article 11 reprend la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005¹⁹³. Pour faciliter la compréhension de la source et de la portée de la règle, le Rapport explicatif sur cette Convention a inséré la déclaration détaillée suivante qui avait été adoptée lors de la Session diplomatique¹⁹⁴ :

« (a) Partons d'un principe élémentaire et constant : les jugements accordant des dommages et intérêts relèvent du champ d'application de la Convention. Un jugement rendu par un tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for et qui, en tout ou partie, accorde des dommages et intérêts au demandeur, sera reconnu et exécuté dans tous les États contractants en vertu de la Convention. De tels jugements n'étant pas différents d'autres décisions relevant du champ d'application de la Convention, l'article 8 s'applique sans réserve. Cela vise à la fois l'obligation de reconnaissance et d'exécution et tous les motifs de refus.

(b) Au cours des négociations, il est apparu que les jugements accordant des dommages et intérêts allant bien au-delà du préjudice réel subi par le demandeur posaient un problème à certaines délégations. Les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs en sont un exemple important. Certaines délégations étaient d'avis que l'exception d'ordre public de l'article 9 e) permettait de régler ces problèmes, mais d'autres ont clairement indiqué que cela n'était pas possible selon leur concept limité de l'ordre public. Il a donc été convenu qu'il devrait y avoir un motif supplémentaire de refus pour les jugements sur les dommages et intérêts. C'est le nouvel article 11. Comme pour tous les autres motifs de refus, cette disposition devrait être interprétée et appliquée de manière aussi restrictive que possible.

(c) L'article 11 est fondé sur la fonction principale incontestée des dommages et intérêts : ils doivent compenser le préjudice réel. Le nouvel article 11(1) indique donc que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement peuvent être refusées si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts ne compensent pas une partie pour la perte ou le

¹⁹¹ Cet exemple suppose qu'il n'y a pas d'autre critère de compétence en vertu de l'art. 5(1).

¹⁹² Rapport Nygh/Pocar, para. 374.

¹⁹³ Également art. 11 de la Convention Élection de for de 2005.

¹⁹⁴ Seuls les passages de la déclaration qui intéressent le projet de Convention sont présentés. Les passages évoquant de précédentes versions de l'article sur les dommages et intérêts ont été omis. Pour la déclaration complète telle qu'elle figure dans le Rapport explicatif de la Convention Élection de for de 2005, voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 203 à 205.

préjudice réels subis. Il convient de mentionner que le mot anglais « actual » a un sens différent du français « actuel » (qui ne figure pas dans le texte français) ; de sorte que les pertes futures sont également couvertes.

(d) Cela ne signifie pas que le tribunal requis est autorisé à examiner s'il aurait pu accorder ou non la même somme de dommages et intérêts. Le seuil est bien plus élevé. L'article 11 ne fonctionne que lorsqu'il résulte manifestement du jugement que la condamnation semble aller au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Cela concerne notamment les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs. Ces types de dommages et intérêts sont donc expressément mentionnés. Mais dans des cas exceptionnels, des dommages et intérêts qualifiés de compensatoires par le tribunal d'origine pourraient également relever de cette disposition

(e) Cette disposition considère également comme compensant la perte ou le préjudice réels subis les dommages et intérêts accordés dans le cadre d'un accord entre les parties (dommages et intérêts conventionnels) ou d'une loi (dommages et intérêts légaux). À l'égard de tels dommages et intérêts, le tribunal requis ne pourrait refuser la reconnaissance et l'exécution que si et dans la mesure où ces dommages et intérêts sont destinés à punir le défendeur plutôt qu'évaluer équitablement le niveau d'indemnisation approprié.

(f) Il serait faux de demander si le tribunal requis doit appliquer la loi de l'État d'origine ou la loi de l'État requis. L'article 11 comporte un concept autonome. C'est bien entendu le tribunal requis qui applique cette disposition, mais cette application n'entraîne pas une simple application de la loi de l'État requis en matière de dommages et intérêts.

(g) La reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que dans la mesure où le jugement va au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Selon la plupart des délégations, cela pourrait déjà découler logiquement de l'objet limité de cette disposition. Toutefois, il est utile de l'indiquer expressément. Cela évite une éventuelle démarche de « tout ou rien » appliquée par certains systèmes de droit pour l'exception d'ordre public.

(h) [...] L'article 11 ne permet qu'un examen aux fins de savoir si le jugement accorde des dommages et intérêts ne compensant pas la perte réelle ; il ne permet aucun autre examen de l'affaire au fond. Comme tous les autres motifs de refus, il ne s'appliquera que dans des circonstances exceptionnelles. Un excès de rédaction pour ces affaires leur aurait attribué un poids politique excessif.

(i) L'article 11 n'oblige pas le tribunal à refuser la reconnaissance et l'exécution. C'est une conséquence manifeste de sa formulation – le tribunal peut refuser – et conforme à la démarche globale de l'article 9 [sur le refus d'exécution ou de reconnaissance]. La disposition ne limite donc en aucune manière la reconnaissance et l'exécution des dommages et intérêts en vertu du droit national ou d'autres instruments internationaux, et permet (mais n'impose pas) la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention. Là encore, le Groupe de travail a été d'avis qu'une disposition expresse aurait constitué un excès de rédaction accordant trop de poids à la question des dommages et intérêts.

(j) [...] En vertu de l'article 11(1), on pourrait prétendre que les dommages et intérêts destinés à couvrir les frais de l'instance ne sont pas destinés à compenser une perte réelle. Cela serait naturellement erroné dans une perspective comparative. Mais il est néanmoins raisonnable d'inclure une mention expresse de cette difficulté dans la disposition. Cette mention ne comporte pas une règle stricte ; le fait que les dommages et intérêts sont destinés à couvrir les frais et dépens doit seulement être pris en considération. »

285. Cette déclaration conserve tout son sens et son intérêt en ce qui concerne le projet de Convention.

[Article 12 – Réparations non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle]

286. [L'article 4(1) énonce la règle principale du projet de Convention : l'obligation de reconnaître et d'exécuter dans un État (l'État requis) un jugement rendu par un tribunal dans un autre État (l'État d'origine). Toutefois, l'article 12 exclut les jugements non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle de cette obligation pour ce qui concerne l'exécution. Un jugement accordant une réparation autre que des dommages et intérêts pécuniaires en matière de propriété intellectuelle n'est pas exécuté en vertu du projet de Convention. Naturellement, cette disposition n'interdit pas son exécution en vertu du droit interne.

287. **Jugements non pécuniaires.** L'article 12 porte sur les jugements accordant des mesures non pécuniaires, c'est-à-dire des mesures autres que le paiement d'une somme d'argent fixée ou déterminable. Ces mesures recouvrent les injonctions de faire et de ne pas faire ou les ordonnances d'exécution en nature. Dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, elles couvrent par exemple les injonctions interdisant la production ou la commercialisation de marchandises ou l'utilisation de procédés de fabrication protégés ou les ordonnances de remise et de livraison de marchandises portant atteinte à un droit¹⁹⁵. L'exécution des jugements accordant ces mesures ne bénéficie pas de l'application du projet de Convention.

288. **Raisonnement.** La différence entre les jugements pécuniaires et non pécuniaires a des conséquences importantes sur les moyens d'exécution. Le régime de l'exécution peut être différent selon que le jugement non pécuniaire ordonne un engagement personnel ou non personnel. Dans certains systèmes juridiques, les engagements personnels sont souvent exécutés par le paiement d'une amende ou d'autres sanctions pour outrage, c'est-à-dire des mesures visant à inciter le défendeur à se comporter d'une certaine façon et ainsi à assurer que l'ordonnance est suivie d'effet (voir, *supra*, para. 70). Les engagements non personnels peuvent être exécutés par l'octroi de dommages et intérêts au titre des frais liés à l'obtention de l'exécution de l'obligation auprès d'une autre personne que le défendeur. Certains États ou territoires, en particulier les pays de *common law*, considèrent traditionnellement que les jugements non pécuniaires ne peuvent pas être exécutés, bien que l'on observe une nette tendance à s'écarter de cette approche¹⁹⁶. Cependant, outre ses fondements historiques, cette règle peut aussi avoir des raisons pratiques. Des difficultés peuvent en particulier se poser en ce qui concerne le sens du jugement étranger, c'est-à-dire la détermination des droits, des devoirs ou des obligations que le jugement impose au défendeur ou son champ d'application territorial. Des difficultés peuvent également se poser lorsqu'il n'existe pas de mesure non pécuniaire équivalente dans l'État requis (voir toutefois, *supra*, art. 9, para. 277 à 279).

289. **Droits de propriété intellectuelle.** L'article 12 exclut seulement les jugements non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle. Dans ce domaine, il couvre les droits de propriété intellectuelle enregistrés et non enregistrés, indépendamment de la nature des dommages et intérêts (contractuels ou non contractuels). En outre, seule l'exécution de ces jugements est exclue, pas la reconnaissance. Ainsi, un jugement étranger déclarant la violation d'un droit de propriété intellectuelle et accordant une réparation non pécuniaire aura, par exemple, autorité de chose jugée ou des effets de forclusion dans d'autres États en vertu du projet de Convention.]

Article 13 – Transactions judiciaires

290. L'article 13 étend la portée de l'application du projet de Convention aux transactions judiciaires. Aux termes de cette disposition, les transactions homologuées par un tribunal d'un État ou conclues au cours d'une procédure devant un tribunal d'un État et qui sont exécutoires dans l'État d'origine doivent être exécutées en vertu du projet de Convention au même titre qu'un jugement.

291. **Transactions judiciaires.** Le terme « transaction judiciaire » est rendu dans cet article par le terme anglais « *judicial settlements* ». C'est une institution courante dans les pays de droit civil, qui consiste en un accord conclu devant le tribunal ou homologué par celui-ci par

¹⁹⁵ Voir, sur la réparation des violations de droits de propriété intellectuelle, les art. 44 à 48 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁹⁶ Voir, par ex., *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52 (Canada).

lequel les parties règlent leur différend, habituellement par des concessions mutuelles¹⁹⁷. La force de ces transactions découle de l'accord entre les parties, non de l'autorité du tribunal, qui ne statue pas sur les points réglés¹⁹⁸. En ce sens, ces accords ont une partie, voire la totalité, des effets d'un jugement définitif. La transaction judiciaire diffère du *consent order*, ordonnance rendue par le tribunal avec le consentement des deux parties, qui est utilisé dans les pays de *common law* à cette fin parce que les *consent orders* sont des jugements qui doivent être reconnus et exécutés en vertu de l'article 4¹⁹⁹.

292. L'article 13 couvre non seulement les transactions judiciaires, c'est-à-dire les transactions conclues devant un tribunal ou homologuées par celui-ci au cours d'une procédure (comme c'est généralement le cas dans la plupart des pays de droit civil), mais aussi les transactions extrajudiciaires, c'est-à-dire les accords conclus entre les parties en dehors d'une procédure judiciaire qui sont ensuite approuvés ou confirmés par un tribunal²⁰⁰. Ainsi, par exemple, les transactions conclues à l'issue d'une médiation sont couvertes par l'article 13 si elles sont ensuite homologuées par un tribunal. Ceci est exprimé dans le texte par la distinction qui est opérée entre les transactions « homologuées par un tribunal » et les transactions « conclues au cours d'une instance devant un tribunal ». Dans les deux cas, la transaction judiciaire doit être exécutoire au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine. Pour le prouver, la partie qui demande l'exécution doit produire le certificat visé à l'article 14(1)(d), c'est-à-dire un certificat délivré par un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine.

293. **Distinction entre exécution et reconnaissance.** L'article 13 prévoit l'exécution des transactions judiciaires mais pas leur reconnaissance. Par conséquent, en vertu du projet de Convention, une transaction judiciaire conclue dans un autre État ne peut être invoquée dans l'État requis, par exemple comme moyen de défense procédural contre une nouvelle demande²⁰¹. La raison donnée dans le Rapport Nygh/Pocar est que dans certains États, les transactions judiciaires n'ont pas l'autorité de chose jugée ; elles ne peuvent donc pas être reconnues dans un autre État²⁰². Le Rapport Hartley/Dogauchi ajoute que la Convention Élection de for de 2005 ne prévoit pas la reconnaissance des transactions judiciaires « principalement parce que les effets des transactions sont si différents entre les différents systèmes de droit »²⁰³.

294. Les motifs de refus d'exécution des transactions judiciaires sont les mêmes que ceux qui sont applicables aux jugements. Toutefois, comme les transactions sont essentiellement consensuelles, les questions de compétence ne se poseront pas. Il en va de même des autres motifs de refus énoncés à l'article 7, par exemple, le vice de notification. Dans la pratique, le motif de refus d'exécution le plus pertinent sera la clause d'ordre public. La dernière phrase de l'article 13 restreint sensiblement l'effet de cette disposition puisqu'elle limite l'obligation d'exécuter les transactions judiciaires conclues dans d'autres États lorsque celles-ci ne sont pas admises par le droit de l'État requis.

Article 14 – Pièces à produire

295. L'article 14 précise les documents à produire par la partie qui sollicite la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention²⁰⁴. Dans les systèmes juridiques où il n'existe pas de procédure particulière pour la reconnaissance (voir, *infra*, para. 301), la

¹⁹⁷ Voir Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207. Le Règlement Bruxelles I *bis* définit une transaction judiciaire comme « une transaction approuvée par une juridiction d'un État membre ou conclue devant une juridiction d'un État membre en cours de procédure ».

¹⁹⁸ Rapport Nygh/Pocar, para. 379, note 201, citant l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Solo Kleinmotoren GmbH c. E. Bach*, C- 414/92, 2 juin 1994 [1994] ECR I-2237.

¹⁹⁹ Rapport Nygh/Pocar, para. 379 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207.

²⁰⁰ Voir Doc. trav. No 146 de février 2017, « Proposition de la délégation de Singapour » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)) ; pour un autre point de vue, voir Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207.

²⁰¹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 208 et 209 (avec un exemple).

²⁰² *Ibid.*, para 123. Notons toutefois qu'en vertu de l'avant-projet de Convention de 1999, les jugements, pour être reconnus, doivent posséder l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine (art. 25(2)). Cette condition n'est pas prévue dans le projet de Convention.

²⁰³ *Ibid.*, para. 209.

²⁰⁴ Cette disposition est similaire pour l'essentiel à l'art. 13 de la Convention Élection de for de 2005 et à l'art. 29(1) de l'avant-projet de Convention de 1999.

partie qui demande la reconnaissance peut avoir à produire ces documents lorsqu'elle entend donner effet au jugement étranger²⁰⁵.

296. Le paragraphe 1(a) exige la production d'une copie complète et certifiée conforme du jugement. La référence au « jugement » comprend, s'il y a lieu, la motivation du tribunal et pas seulement le dispositif²⁰⁶. Le paragraphe 1(b) exige, si le jugement a été rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante. Inversement, si le jugement n'a pas été rendu par défaut, il est présumé que le défendeur en a été notifié à moins qu'il n'apporte la preuve du contraire (voir art. 7(1)(a)). Le paragraphe 1(c) exige la production de tout document nécessaire pour établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État. Enfin, le paragraphe 1(d) exige, en ce qui concerne les transactions judiciaires, la production d'un certificat délivré par un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine (voir, *supra*, para. 292). Ce certificat peut être délivré par un autre tribunal que celui qui a homologué la transaction ou devant lequel l'accord a été conclu. Toutefois, il n'est pas précisé si le certificat peut être délivré par un greffier du tribunal (voir para. 3).

297. Le Rapport Hartley/Dogauchi précise deux points relatifs au paragraphe premier. Premièrement, le droit de l'État requis détermine les conséquences de la non-production des documents exigés. Deuxièmement, il convient d'éviter un formalisme excessif : si le débiteur du jugement ne subit pas de préjudice, le créancier du jugement devrait être autorisé à réparer les omissions²⁰⁷.

298. Le paragraphe 2 dispose que le tribunal requis peut exiger la production d'autres documents afin de vérifier si les conditions du chapitre II du projet de Convention sont remplies. Cela indique que la liste des documents énumérés au paragraphe premier n'est pas exhaustive. Il convient toutefois de ne pas imposer une charge excessive aux parties.

299. Le paragraphe 3 autorise une personne qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention à utiliser un formulaire recommandé et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce formulaire, qui peut être délivré par un tribunal de l'État d'origine ou par un greffier du tribunal, est présenté en annexe au projet de Convention, mais il peut être modifié par une réunion de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye. Néanmoins, il n'est pas obligatoire. S'il est employé, le tribunal peut se fier aux informations qui y figurent en l'absence de contestation. Toutefois, ces informations ne sont pas irréfutables, même en l'absence de contestation : le tribunal requis peut trancher la question à la lumière des éléments de preuve dont il dispose²⁰⁸.

300. Le paragraphe 4 concerne la langue des documents. Il dispose que si les documents mentionnés à l'article 14 ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils sont accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si le droit de l'État requis en dispose autrement. Cet État peut, par conséquent, disposer qu'une traduction n'est pas nécessaire ou qu'une traduction non certifiée est suffisante.

Article 15 – Procédure

301. Le paragraphe premier dispose que la procédure afin d'obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins de l'exécution, ainsi que l'exécution du jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si le projet de Convention en dispose autrement. C'est donc la loi de l'État requis qui détermine si la reconnaissance est de plein droit ou si elle requiert une procédure autonome particulière. Lorsque la loi de l'État requis n'exige pas de procédure

²⁰⁵ Le Rapport Hartley/Dogauchi, au para. 210, limite cette exigence aux circonstances dans lesquelles « l'autre partie conteste la reconnaissance du jugement ». Toutefois, cela n'interdit pas aux tiers ou aux autorités locales (par exemple un registre) de demander ces documents.

²⁰⁶ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 211.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 213.

particulière pour la reconnaissance d'un jugement étranger, un jugement est reconnu automatiquement, c'est-à-dire de plein droit, en vertu de l'article 4 du projet de Convention²⁰⁹.

302. S'agissant de l'exécution, l'article 15 opère une distinction entre l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution d'une part, et l'exécution d'autre part²¹⁰. Les premiers termes renvoient à la procédure dite d'exequatur, à savoir la procédure particulière par laquelle l'autorité compétente de l'État requis confirme ou déclare que le jugement étranger est exécutoire dans cet État. L'exécution renvoie à la procédure légale par laquelle les tribunaux de l'État requis (ou toute autre autorité compétente de cet État) s'assurent que le débiteur du jugement obéit au jugement étranger ; elle recouvre des mesures telles que la saisie, la confiscation, la saisie-arrêt, etc. L'exécution du jugement étranger présuppose l'exequatur ou un enregistrement aux fins d'exécution. Aux termes du paragraphe premier, ces deux types de procédure sont régis par le droit procédural interne de l'État requis.

303. **Délai de prescription.** La référence au droit de l'État requis qui figure au paragraphe premier couvre également le délai dans lequel l'exécution du jugement étranger peut être demandée. Ainsi, si le jugement demeure exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine (voir art. 4(3)), la loi de l'État requis peut tout de même fixer un délai supplémentaire plus court pour son exécution. Si, par exemple, conformément à la loi de l'État d'origine (État A), le jugement demeure exécutoire pendant 15 ans alors que la loi de l'État requis (État B) fixe un délai plus court, ce dernier l'emporte. À l'expiration de ce délai, le jugement rendu dans l'État A ne sera plus exécutoire dans l'État B. La loi de l'État requis détermine aussi le mode de calcul de ce délai²¹¹. Cependant, le principe essentiel pour garantir l'efficacité du projet de Convention est que les jugements rendus dans d'autres États doivent être traités comme des jugements nationaux. En conséquence, la loi de l'État requis ne peut prévoir un délai de prescription plus court pour les jugements étrangers que pour les jugements nationaux²¹².

304. Le paragraphe premier dispose aussi que dans toutes les procédures couvertes par cette disposition, les tribunaux (ou les autorités compétentes) de l'État requis doivent agir avec célérité, ce qui signifie que le tribunal doit utiliser la procédure la plus rapide dont il dispose²¹³. Les États devraient envisager des moyens permettant d'éviter les retards inutiles²¹⁴.

305. **Demande de refus.** L'article 15 n'évoque que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution. Cependant, il n'interdit pas aux États d'envisager la possibilité de demandes de *refus* de reconnaissance ou d'exécution. Ainsi, les États peuvent envisager que le débiteur du jugement puisse demander une déclaration de non-reconnaissance (ou de caractère non exécutoire) d'un jugement rendu dans un autre État au motif que le jugement n'est pas susceptible d'être reconnu en vertu de l'article 5 ou pour un des motifs visés à l'article 7.

306. **Compétence pour la reconnaissance et l'exécution.** Le paragraphe 2 dispose que le tribunal de l'État requis ne peut refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement en vertu du projet de Convention au motif que la reconnaissance ou l'exécution devrait être demandée dans un autre État, c'est-à-dire qu'il existe un autre for dans lequel la reconnaissance ou l'exécution du jugement correspondant est plus approprié et commode.

307. Le point de départ du projet de Convention est que le créancier du jugement peut demander la reconnaissance ou l'exécution du jugement dans n'importe quel État. Il peut avoir un intérêt légitime à demander l'exécution d'un jugement dans plusieurs États même si cela implique davantage de frais, par exemple dans les cas d'injonctions mondiales ou de jugements pécuniaires lorsque le débiteur du jugement a des biens dans différents États et que les biens qu'il possède dans chacun d'entre eux sont insuffisants pour exécuter le jugement.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 215, Rapport Nygh/Pocar, para. 355.

²¹⁰ Notons toutefois que dans les autres dispositions du projet de Convention, le terme « exécution » est employé au sens d'exequatur ou d'enregistrement aux fins d'exécution (voir, par ex., art. 5 ou 7).

²¹¹ Théoriquement, le *dies a quo* peut être le moment auquel le jugement est devenu exécutoire dans l'État d'origine ou auquel il a été déclaré exécutoire dans l'État requis.

²¹² Voir, par ex., art. 33 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

²¹³ Rapport Nygh/Pocar, para. 355 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 216.

²¹⁴ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 216.

308. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'exequatur d'un jugement étranger ne requiert pas de chef de compétence, c'est-à-dire qu'il n'est pas subordonné à un lien particulier entre le débiteur du jugement et l'État requis, comme la présence de biens du débiteur dans cet État ou le fait qu'il n'y ait pas d'autres États où l'exécution du jugement est la plus appropriée. L'intérêt du créancier du jugement est suffisant : s'il demande la reconnaissance ou l'exécution dans un État précis, c'est parce qu'il pense qu'il y obtiendra une forme ou une autre de satisfaction. Ce n'est qu'ultérieurement, dans le contexte de la procédure d'exécution, que la présence de biens dans l'État requis peut être pertinente.

309. Dans d'autres systèmes juridiques en revanche, l'exequatur d'un jugement étranger exige un chef de compétence, comme le domicile du débiteur du jugement dans l'État requis ou la présence de biens lui appartenant dans cet État. En outre, dans certains de ces systèmes juridiques, le débiteur du jugement peut même contester l'exequatur en invoquant la doctrine du *forum non conveniens*, c'est-à-dire en arguant que la reconnaissance ou l'exécution doit être demandée dans un autre État plus approprié et plus commode. Dans ces systèmes juridiques, le litige relatif à l'existence d'un for plus commode peut retarder la procédure et devenir très pesant pour le créancier du jugement. Le paragraphe 2 s'adresse à ce groupe de systèmes juridiques et établit une exception au paragraphe premier. Bien que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution et l'exécution du jugement soit régie par la loi de l'État requis, les tribunaux de cet État ne peuvent pas refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention au motif qu'elles doivent être demandées ailleurs. En pratique, cela implique que la doctrine du *forum non conveniens* ne peut servir de motif pour refuser la reconnaissance ou l'exécution en vertu du projet de Convention. Au paragraphe 2, le terme « exécution » comprend l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution.

[Article 16 – Frais de procédure]

310. [L'article 16 traite de la question de la sûreté qui peut être exigée pour garantir le paiement des frais de procédure, y compris la reconnaissance, l'exequatur, l'enregistrement aux fins d'exécution et l'exécution du jugement. Il reflète un point de vue traditionnel selon lequel on ne peut exiger de sûreté, de caution ou de dépôt du demandeur au seul motif qu'il est ressortissant d'un autre État ou qu'il a sa résidence habituelle dans un autre État²¹⁵. La possibilité qu'une sûreté soit exigée n'est pas totalement écartée, elle l'est seulement lorsque *le seul motif* pour exiger cette sûreté est une de ces circonstances. Le paiement d'une sûreté est donc possible pour d'autres motifs, par exemple parce que le créancier du jugement n'a aucun bien dans l'État requis. La clause s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, et qu'elles soient ressortissantes d'un État contractant ou d'un État tiers (ou qu'elles aient leur résidence habituelle ou leur domicile dans un autre État contractant ou dans un État tiers).

311. Le deuxième paragraphe de l'article 16 est un corollaire à la règle d'absence de sûreté énoncée au paragraphe premier. Il vise à protéger le débiteur du jugement lorsque la reconnaissance ou l'exécution du jugement est refusée et qu'une ordonnance de paiement des frais du procès est rendue contre le créancier du jugement par un tribunal (y compris un greffier du tribunal) de l'État requis. Aux termes du paragraphe 2, une telle ordonnance entre dans le champ d'application du projet de Convention et doit donc être rendue exécutoire dans un autre État. Cette disposition est nécessaire puisque l'article 3(1)(b) ne couvre que les ordonnances de paiement des frais du procès lorsqu'elles ont trait à une *décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention* et qu'une décision sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger n'a pas cette qualification. Naturellement, l'exécution d'une ordonnance de paiement des frais du procès en vertu du paragraphe 2 peut être refusée pour les motifs prévus à l'article 7 du projet de Convention.]

²¹⁵ Rapport Nygh/Pocar, para. 356.

Article 17 – Reconnaissance ou exécution en application du droit national

312. L'article 17 concerne la relation entre le projet de Convention et le droit national. Aux termes de cette disposition et sous réserve de l'article 6, le projet de Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement en application du droit national. Cette disposition est fondée sur un principe de *favor recognitionis*. Si un jugement ne peut être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention, par exemple parce qu'il ne répond pas aux critères de l'article 5, la partie intéressée peut encore demander la reconnaissance ou l'exécution en vertu du droit national. Autrement dit, le projet de Convention fixe une norme minimale pour la reconnaissance et l'exécution mutuelles des jugements, mais les États peuvent aller plus loin que cette norme.

313. Le droit national de l'État requis détermine si, lorsque le jugement n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention, la partie intéressée peut recourir au droit national « dans son ensemble » ou peut combiner des dispositions des deux systèmes. Il est donc possible que conformément au droit national, le créancier du jugement puisse bénéficier des critères de compétence énoncés par le droit national s'ils sont plus généreux que ceux qui sont prévus à l'article 5 du projet de Convention tout en bénéficiant des motifs de refus énoncés dans le projet de Convention s'ils sont plus libéraux que ceux que prévoit le droit national²¹⁶.

314. L'application du droit national est toutefois soumise à l'article 6 du projet de Convention. Par conséquent, le droit national ne peut être invoqué pour accorder la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement qui a enfreint les fondements exclusifs de reconnaissance énoncés dans cette disposition.

²¹⁶ Dans certains systèmes par exemple, l'acte introductif d'instance doit avoir été notifié au défendeur dans les formes et les délais prescrits, et une notification « de telle manière qu'il puisse organiser sa défense » n'est pas suffisante (voir art. 7(1)(a)(ii)).