

**RAPPORT DE LA PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL INFORMEL
SUR LE PROJET DES JUGEMENTS – 22 AU 25 OCTOBRE 2002**

préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

**REPORT ON THE FIRST MEETING OF THE INFORMAL WORKING GROUP
ON THE JUDGMENTS PROJECT – OCTOBER 22-25, 2002**

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

*Document préliminaire No 20 de novembre 2002
à l'intention de la réunion du Groupe de travail informel de janvier 2003*

*Preliminary Document No 20 of November 2002
for the attention of the meeting of the Informal Working Group of January 2003*

**RAPPORT DE LA PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL INFORMEL
SUR LE PROJET DES JUGEMENTS – 22 AU 25 OCTOBRE 2002**

préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire

* * *

**REPORT ON THE FIRST MEETING OF THE INFORMAL WORKING GROUP
ON THE JUDGMENTS PROJECT – OCTOBER 22-25, 2002**

prepared by Andrea Schulz, First Secretary

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION.....	4
II.	VALIDITÉ FORMELLE	5
III.	VALIDITÉ MATÉRIELLE.....	6
	1. Capacité.....	6
	2. Consentement	7
	3. Exigence d'un élément international ?.....	7
	a. Élément international général	7
	b. Lien particulier avec l'Etat du for choisi	9
	4. Clause de sauvegarde générale	9
	5. Définition des affaires entre professionnels (B2B).....	11
	6. Restrictions et limites affectant la conclusion	
	de clauses d'élection de for	12
	a. Généralités ¹²	
	b. Restrictions pour certains types de contrat	12
	c. Compétence exclusive en droit national	12
IV.	QUELLE JURIDICTION DÉCIDE ?.....	15
V.	COMPÉTENCE RATIONAE PERSONAE CONTRE	
	COMPÉTENCE RATIONAE MATERIAE	15
VI.	MESURES PROVISOIRES.....	16
VII.	CLAUSE EXCLUSIVE D'ÉLECTION DE FOR ET <i>FORUM NON CONVENIENS</i>	16
VIII.	CLAUSE EXCLUSIVE D'ÉLECTION DE FOR ET LITISPENDANCE.....	17
IX.	RELATIONS AVEC DES CONVENTIONS SPECIFIQUES	17
X.	DÉCONNEXION	18
XI.	BILATÉRALISATION	18
XII.	COMPTE-RENDU DE RÉUNION ET PUBLICITÉ	
	DES DISCUSSIONS ET CONCLUSIONS	18
	ANNEXE I	19
	ANNEXE II.....	20

I. INTRODUCTION

Du 22 au 25 octobre 2005, le groupe de travail informel sur le Projet sur les Jugements a tenu une première réunion de trois jours et demi. La réunion était présidée par le Professeur Allan Philip (Danemark) et a eu lieu au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. Les membres du groupe, reflétant le caractère universel de la Conférence de La Haye et une large gamme de systèmes de droit, sont Marie-Odile Baur (Commission européenne), Paul Beaumont (Royaume-Uni), Antonio Boggiano (Argentine ; excusé pour cette réunion), Alegria Borrás (Espagne), Andreas Bucher (Suisse), Masato Doguchi (Japon), Antonio Gidi (Brésil), David Goddard (Nouvelle-Zélande ; excusé pour cette réunion), Jeffrey Kovar (Etats-Unis d'Amérique), Nagla Nassar (Egypte), Gugu Gwen Ncongwane (Afrique du Sud), Tatyana Neshataeva (Fédération de Russie), Fausto Pocar (Italie), Kathryn Sabo (Canada), Peter Trooboff (Etats-Unis d'Amérique), José Luis Siqueiros (Mexique), Sun Jin (Chine), et Rolf Wagner (Allemagne). Ils participent à titre personnel.

Comme l'avait décidé la Commission sur les Affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye lors de sa réunion du 22 au 24 avril 2002, le groupe informel doit étudier la possibilité de présenter un texte à une Commission spéciale, devant se tenir à la mi-2003, avec des perspectives suffisantes pour parvenir à un accord. Le groupe a donc discuté de l'opportunité de chercher à parvenir à un texte unique à soumettre à une Commission spéciale, étant convaincu qu'une recommandation unifiée de la part du groupe constituerait le guide le plus efficace pour les délégations gouvernementales. Les travaux du groupe de travail suivent la méthode édicatrice « du bas vers le haut ». La première réunion s'est concentrée sur les clauses de compétence exclusive dans les affaires entre professionnels (business to business - B2B). Les exigences éventuelles de la Convention en matière de validité formelle et matérielle de telles clauses ont été débattues, ainsi que le champ d'application possible d'une règle concernant les clauses d'élection de for, les rapports avec d'autres Conventions, la bilatéralisation et l'applicabilité ou non-applicabilité de règles nationales et/ou de la Convention en matière de litispendance et de *forum non conveniens*, le problème de la compétence *rationae personae* par opposition à la compétence *rationae materiae*, et la question des mesures provisoires.

Le groupe est convenu que deux ou trois réunions supplémentaires seraient probablement nécessaires, la prochaine devant se tenir du 6 au 9 janvier 2003 à La Haye, s'étendant sur trois journées de travail complètes. La réunion de janvier poursuivra la discussion des clauses d'élection de for, y compris les clauses d'élection de for non exclusives qui pourront exiger un traitement différent à certains égards de celui des clauses exclusives. Si le temps le permet ou lors de réunions futures, il est prévu de passer ensuite à la discussion de chefs de compétence supplémentaires possibles à ajouter. Ces motifs, tels que décrits par la Commission sur les Affaires générales, pourraient être le consentement, la renonciation ou l'acceptation, les demandes reconventionnelles, et le for du défendeur. Des réunions ultérieures du groupe informel pourraient également s'étendre à d'autres éléments expressément mentionnés en avril 2002 tels que les *trusts*, la compétence à l'égard de succursales et les délits physiques.

Le Document préliminaire No 19 préparé par le Bureau Permanent afin de faciliter le travail du groupe informel a servi de base à la discussion. Le document suggère que de nombreuses questions de rédaction dépendront du champ d'application et de la forme définitive de la convention, notamment sur la question de savoir s'il y aura plusieurs chefs de compétence en liste blanche. Par conséquent, le groupe s'est concentré en premier lieu sur les principes plutôt que sur la rédaction de la convention.

Le présent rapport exposera donc une description des discussions de ces principes. Cependant les projets préliminaires de dispositions formulés par le groupe ont été joints au présent rapport, et les observations à cet égard sont les bienvenues. Il faut souligner que les participants ont pris part aux discussions à titre personnel et ne sont donc ni habilités ni disposés à engager ou lier un quelconque gouvernement.

Plutôt que de retracer la suite des débats dans l'ordre chronologique, le présent rapport traitera des questions rubrique par rubrique.

II. VALIDITÉ FORMELLE

Comme point de départ de ses délibérations, le groupe a pris l'article 4(2) du Texte provisoire accepté par accord lors de la Première partie de la Conférence diplomatique, en juin 2001.

Par souci de clarté, le groupe a proposé de remplacer les mots « les parties » en article 4(2)(c) par « ces parties ». Ce changement devrait préciser d'avantage que le (c) exige que les parties en cause aient suivi cet usage par le passé, alors que le (d) exige l'existence objective d'un usage entre parties à des contrats de même nature, mais pas nécessairement un usage des parties concernées par le cas d'espèce.

Par ailleurs, afin d'explicitier que les alinéas (a) à (d) contiennent des exigences alternatives et non cumulatives, le groupe a proposé l'ajout du mot « ou » à la fin du (c).

Une préoccupation a été exprimée au sujet du (d), qui pourrait engager les parties à une clause d'élection de for valable quant à la forme, bien que cette partie n'ait pas, en fait, eu connaissance d'un usage à cet égard. Le groupe a proposé de remplacer les termes « *were or ought to have been aware* » par les termes « *knew or ought to have known* »¹, à l'image de l'article 2(a) de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises (CVIM). Il a été souligné que les exigences dans les affaires où une partie « *ought to have known / était censée avoir connaissance* » un usage sont assez élevées, de sorte que la partie devrait être suffisamment protégée contre la soumission à un usage relatif à la forme des clauses d'élection de for sans en avoir eu effectivement connaissance.

Une question a été soulevée pour savoir si le projet d'exigence formelle en article 4(2)(b) couvrirait suffisamment les contrats sous forme électronique et autres. Il a été observé que les exigences de forme en article 4(2)(b) dans leur rédaction pour le monde numérique suivaient l'exemple de la Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique. Il faudrait donc vérifier si les progrès techniques réalisés depuis 1996 nécessitent des modifications. Cependant, il est ressorti des textes récents de la CNUDCI, actuellement en cours de discussion, que les mêmes mots sont encore utilisés pour définir l'équivalent fonctionnel de la forme écrite dans un environnement numérique. Les mots relatifs au « message de données » et sa définition figurant dans la Loi type de la CNUDCI de 1996 n'avaient pas été intégrés en (a) et (b) afin de fournir une formulation moins dépendante de la technologie. Les participants ont jugé qu'il serait utile de consulter des experts en droit de technologie d'information dans leurs pays respectifs pour savoir si la formulation supplémentaire relative au message de données ou d'autres termes étaient nécessaires. Afin de faciliter la consultation, un texte mentionnant les ajouts possibles relatifs au « message de données » est joint en No 2 de l'Annexe I.

Il a été largement déclaré que les exigences de la Convention en matière de forme devraient être des exigences maximales, et que des exigences formelles plus strictes du droit national ne devraient pas permettre d'invalider une clause.

Un débat en profondeur s'est conçu autour de la forme requise par la Convention pour savoir si celle-ci devrait également être une exigence minimum, dans la mesure où toute exigence nationale existante moins stricte ne pourrait plus être appliquée.

Certains participants étaient d'avis qu'une clause non valable sous sa forme en vertu de la Convention mais valable, à cet égard, en vertu d'une exigence de forme nationale moins stricte devrait ne pas relever du champ d'application de la Convention, comme suggéré en note 6 du Document préliminaire No 19.

D'autres participants, cependant, ont préféré une harmonisation intégrale de l'aspect de validité formelle afin que le droit national ne s'applique pas du tout dans ce domaine. Selon eux, il était clair que cela était l'approche appliquée jusqu'à présent - l'article 17, définissant la zone grise, est « sous réserve de l'article 4 ». Cela suggère que dans le champ d'application de l'article 4, c'est à dire, pour les clauses d'élection de for, il n'y a pas de zone grise.

¹ Note du Bureau Permanent : Ce problème se limite à la version anglaise puisque la version française était déjà rédigée suivant le modèle du texte de la CVIM.

Les arguments présentés à l'appui de cette dernière position étaient la sécurité juridique, la prévisibilité et l'uniformité, ce dernier point prenant d'autant plus d'importance si la Convention était limitée en fin de compte aux seules clauses d'élection de for. Si le champ d'application était ainsi limité, une certaine harmonisation devrait être obtenue au moins dans ce cadre limité. Permettre à des exigences formelles nationales moins strictes de continuer à s'appliquer impliquerait la rédaction d'une Convention simple, et non d'une Convention mixte ou double. Les parties ne feraient appel aux normes de la Convention que si, à l'avenir, elles prévoyaient le besoin d'une reconnaissance et d'une exécution à l'étranger. En pratique, la règle de compétence ne serait donc pas harmonisée. En outre, il a été redouté que, si les normes nationales formelles pour l'élection de for restaient à disposition, les tribunaux les examineraient généralement en premier (voire uniquement) au lieu d'appliquer la Convention, et compliqueraient donc les choses si le jugement devait être soumis à la reconnaissance et à l'exécution à l'étranger. Même le besoin d'une liste noire esquissant la zone grise a été soulevé, les normes formelles nationales resteraient-elles à disposition.

L'un des arguments soulevés à l'encontre d'une règle exhaustive de forme établie par la convention était que ceci reviendrait à rédiger une convention double en mettant en liste noire les exigences formelles nationales pour les clauses d'élection de for tout en laissant à disposition tous autres chefs de compétence nationaux, même en présence d'une clause d'élection de for jugée non valable quant à la forme en vertu de la convention. L'autonomie des parties était un autre argument : les tenants de cette démarche ont demandé s'il ne serait pas plus respectueux de l'intention des parties ayant conclu une convention d'élection de for et ayant comparu, en fin de compte, devant le tribunal choisi si ce tribunal était autorisé à donner effet à la clause en vertu de son droit national lorsqu'elle n'était pas conforme aux normes de la convention. Il a également été souligné que la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (Convention de New York) n'interdit pas le fonctionnement des règles nationales moins rigides quant à la forme hors du cadre de la convention.

Ce dernier exemple a fait apparaître l'existence d'un lien entre les exigences quant à la forme et la soumission d'une partie à un tribunal, par exemple par l'engagement de poursuites ou l'acceptation de sa compétence. Le lien devient apparent si l'on compare le cas d'une convention d'élection de for conclue après la survenance d'un litige (c'est à dire, que les exigences de forme en article 4(2) seraient applicables) et la situation d'une soumission en l'absence d'une convention d'élection de for. Un traitement semblable des deux situations apparaissant opportun, le groupe a donc décidé de réexaminer la question des exigences de forme exhaustives dans la Convention après examen règles de la Convention quant à la forme en matière de soumission et de l'application possible à la soumission de règles nationales moins rigides à cet égard. Il a été souligné que, quelle que soit la solution choisie par la suite, il faudrait la rendre explicite.

III. VALIDITÉ MATÉRIELLE

1. Capacité

Dans l'article 4 du Texte provisoire (avec ou sans les parties entre crochets de l'article 4(1) *in fine* et en article 4(4)), les questions de capacité ont été laissées au droit du for effectivement saisi, avec ses règles de droit international privé. Au cours de la discussion, il a été signalé que dans les affaires B2B, la capacité se réduirait souvent à la question de savoir qui est habilité à agir au nom d'une société, c'est à dire, au droit des sociétés matériel. Le groupe a reconnu qu'il ne serait pas possible, en pratique, de créer une règle matérielle harmonisant la capacité dans la présente convention. Il a également été jugé mal avisé de limiter à la seule juridiction choisie la possibilité de prendre une décision à cet égard. Bien que certains membres du groupe étaient favorables à une règle de conflit de lois plutôt que de laisser la question relever entièrement du droit national, ils étaient divisés quant à dire si une telle règle de conflit de lois devrait indiquer la loi - y compris les règles de droit international privé - de la juridiction effectivement saisie ou de la seule juridiction choisie. En outre, il était à prévoir que quelle que soit la solution retenue, les résultats seraient identiques dans la plupart des cas. Le groupe a donc proposé à titre de suggestion la règle suivante pour un examen approfondi :

« La Convention ne détermine pas la loi applicable à la capacité des parties. »

2. Consentement

A l'égard du consentement, le point de départ de la discussion était encore l'article 4 du Texte provisoire qui (avec ou sans les parties entre crochets de l'article 4(1) *in fine* et en article 4(4)) laisse cette question au droit national. Les options débattues par le groupe ont été (1) de conserver cette solution (c'est à dire, de n'avoir aucune règle du tout), ou (2) d'avoir une règle de conflit de lois indiquant la loi (a) de la juridiction choisie ou (b) de la juridiction saisie, dans les deux cas avec ou sans les règles de droit international privé de cet Etat, ou (3) de créer une règle matérielle uniforme dans la convention. Une autre solution envisagée était de laisser le soin de la décision à la seule juridiction choisie.

Si l'harmonisation matérielle complète et une décision exclusive de la juridiction choisie semblaient, l'une comme l'autre, là encore inutilisables en pratique, il a été jugé souhaitable d'atteindre une certaine uniformité, et notamment, la prévisibilité. Le groupe a proposé le texte suivant :

« En l'absence d'un choix de loi par les parties, la loi interne du tribunal choisi [par les parties] déterminera si une partie a consenti à la convention.² »

Dans le cas exceptionnel où une clause d'élection de for était exclusive mais désignait plus d'une juridiction, le groupe a proposé qu'en pareil cas, en matière de consentement, les lois de toutes les juridictions choisies devraient s'appliquer l'une après l'autre. Si la clause est valable en application de l'une ou de l'autre, elle est valable en général (*favor habitatis*).

3. Exigence d'un élément international ?

a. Élément international général

La question d'un élément international est traitée en article 2(1), à la fois dans le chapeau et en (a)³. Ces dispositions définissent le champ d'application territorial de l'article 4. Sans la partie entre crochets à la fin du 2 (a), l'article 4 serait donc applicable dans les cas suivants : selon le chapeau de l'article 2, l'article 4 s'appliquera devant les tribunaux d'un Etat contractant à moins que toutes les parties n'aient leur résidence habituelle dans cet Etat (c'est à dire, l'Etat de la juridiction saisie). Le (a) étend alors l'application de l'article 4 aux situations où les parties ont leur résidence habituelle dans l'Etat de la juridiction choisie mais sont convenues que les juridictions d'un autre Etat contractant seraient compétentes. L'exigence entre crochets d'un caractère international du litige cherche donc de nouveau à limiter cette application ultérieurement.

Un groupe de participants a jugé cela satisfaisant. Cela impliquerait que même lorsque deux personnes dont la résidence habituelle est située dans le même Etat contractant choisissent les juridictions d'un autre Etat contractant, la Convention s'appliquerait. Ils ont également souligné que pour les affaires de consentement / renonciation / acceptation, aucune exigence d'un élément international n'avait été suggérée, et les deux règles devraient être alignées.

Un certain nombre de participants n'était pas disposé à accepter qu'une clause, par laquelle des parties ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant choisissent la ou les juridictions d'un autre Etat contractant sans que l'affaire ait un caractère international par ailleurs, relève du champ d'application de la Convention. Ils ne voulaient pas que des parties locales emportent à l'étranger à leur seul gré une affaire par ailleurs purement nationale, et limiteraient donc cette possibilité aux affaires comportant un élément international outre la

² Il a été mentionné que lorsque cette règle indique un Etat membre de l'Union européenne, dans de nombreux cas la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles pourrait s'appliquer. Il convient de noter cependant que selon l'article 1(2)(d) de cette Convention, les conventions d'élection de for sont exclues de son champ d'application.

³ L'article est rédigé de la manière suivante : « Article 2 - Champ d'application territorial

(1) Les dispositions du chapitre II s'appliquent devant les tribunaux d'un Etat contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat. Toutefois, même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat :

a) l'article 4 s'applique si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre Etat contractant pour connaître du différend [dès lors que le litige présente un caractère international] ; ».

8

situation de la juridiction choisie.

Même les partisans d'un élément international ont toutefois souligné que la suppression du (a), qui étend l'article 4 aux affaires où les parties dont la résidence habituelle est située dans le même Etat contractant mais choisissent la juridiction d'un autre Etat, irait trop loin et limiterait le champ d'application de la Convention de manière excessive. Ainsi, si deux personnes dont la résidence habituelle est située, par exemple, en Italie, achètent/vendent une société située en Argentine et conviennent des tribunaux argentins, un tribunal italien saisi n'aurait pas à tenir compte de la clause en vertu de la Convention alors qu'une telle situation devrait être couverte. Il a donc été proposé de conserver le (a) et si nécessaire de le modifier.

Une possibilité nouvellement apparue et qui a reçu un certain soutien à titre de compromis était de renverser la charge de la preuve et de remplacer les termes entre crochets en fin de l'article 2(1)(a) par quelque chose d'approchant de « sauf si le litige est de nature purement interne ». Le groupe a également proposé de revoir sa rédaction en suivant l'exemple de l'article 3(3) de la Convention de Rome⁴.

b. Lien particulier avec l'Etat du for choisi

Dans le contexte de la discussion de l'élément international, une question liée mais différente a été soulevée : un lien particulier avec l'Etat du for choisi devrait-il être exigé ?

Si la préoccupation des partisans d'un élément international dans le paragraphe précédent était que les parties emporteraient des affaires internes à l'étranger, l'accent est mis ici sur la situation des juridictions choisies. Certains participants souhaitaient s'assurer que les juridictions ne seront pas surchargées d'affaires sans lien avec l'Etat du for choisi (autre que la clause d'élection de for). L'encombrement des tribunaux, les fonds publics et une préférence pour l'arbitrage dans ces affaires « sans lien » ont été présentés comme motifs.

Si de nombreux participants pensaient que de telles affaires ne seraient pas nombreuses et ne nécessitaient donc pas un traitement particulier dans la Convention, d'autres avaient un avis tranché et exigeaient, plus précisément, un lien entre l'affaire et l'Etat du for choisi en plus de la clause. Ceux-ci ont suggéré de laisser au droit national le soin de décider si les juridictions d'un Etat contractant devaient accueillir ces affaires, de permettre l'application d'un *forum non conveniens* national, de couvrir cette situation par une clause de sauvegarde générale à discuter ultérieurement ou de prévoir une déclaration / réserve de ce que l'Etat exige un lien avec le for choisi (qui pourrait être complétée par une liste exhaustive ou non de liens exigés dans la disposition concernant cette déclaration / réserve). Les facteurs de rattachement possibles à inclure étaient : la résidence habituelle de l'une des parties, le lieu d'exécution du contrat, la loi choisie par les parties et la situation des biens à l'encontre desquels tous jugements à intervenir pourraient être exécutés.

La question dans son ensemble a donné lieu à un vif désaccord.

4. Clause de sauvegarde générale

Certains participants ont demandé avec insistance une « clause de sauvegarde générale » qui permettrait aux tribunaux de juger une clause d'élection de for non valable dans des cas exceptionnels. D'autres participants ont jugé que cela minerait la sécurité et la prévisibilité juridiques.

Interrogés quant aux situations où une telle clause de sauvegarde s'appliquerait, ceux qui la demandaient ont mentionné, entre autres, l'inéquité, l'injustice, le déni de justice et le caractère déraisonnable. Il a été fait référence aux clauses existantes de nature semblable dans d'autres Conventions :

~~de~~ l'article 4(3) de la Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for : « l'accord d'élection de for n'est pas valable s'il a été obtenu par un abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux » ;

⁴ L'article 3(3) de la Convention de Rome limite l'effet d'un choix de loi par les parties dans les cas où les parties ont choisi une loi étrangère mais « tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays ».

~~Le~~ l'article 1(D) de la Convention interaméricaine sur la compétence dans la sphère internationale pour la validité extraterritoriale des jugements étrangers du 24 mai 1984 (Convention de La Paz) dispose que la clause est valable « à condition que cette compétence ne soit pas établie d'une manière abusive ».

Il a été noté que les deux exemples se concentrent sur le processus par lequel l'accord est atteint, et non le résultat (la convention d'élection de for) en tant que tel. Un certain nombre de participants a donc souligné que, dans leurs systèmes de droit, ceci revenait à savoir s'il y avait un consentement valable de la partie qui avait été traitée d'une manière injuste ou abusive. Aucune règle supplémentaire ne serait donc nécessaire. Pour eux, la question de savoir si des clauses contractuelles types non négociées (qu'elles soient sur papier ou acceptées par clic) comportant une clause d'élection de for étaient effectivement intégrées à l'accord entre les parties était également une question de validité du consentement.

D'autres ont cependant déclaré qu'il leur fallait une clause de sauvegarde examinant les résultats. Lorsque les effets de l'accord sont inéquitables, injustes, déraisonnables ou autres semblables, il devrait être possible de passer outre. Pour les opposants, cela semblait réintroduire un élément de *forum non conveniens* qu'ils ne voulaient pas accepter. Dans ce contexte, il a été fait référence à la note 12 du Document préliminaire No 18 où les critères indiqués par une juridiction des Etats-Unis pour juger une clause déraisonnable étaient les mêmes que ceux envisagés lors de l'application du principe de *forum non conveniens* dans de nombreux cas (lieu de situation des preuves et des activités ayant trait au litige). Il a été signalé, en réponse, que cette affaire était une anomalie, et que les clauses d'élection de for ne sont quasiment jamais annulées en vertu du critère de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Bremen*, selon lequel les clauses sont appliquées à moins d'être déraisonnables ou injustes. Néanmoins, les concepts d'inéquité, d'injustice et de caractère déraisonnable ont été jugés bien trop larges par les opposants. En outre, une comparaison avec l'arbitrage a été présentée en ce que l'article II(3) de la Convention de New York ne comporte pas de clause de ce type. D'après cet article, une clause d'arbitrage ne peut être jugée nulle au seul motif qu'elle est « inéquitable ». Il ne devrait donc pas être plus facile d'échapper à une clause d'élection de for qu'à une clause compromissaire. Il a été avancé, au contraire, que la Convention de New York laisse au droit national toutes les questions de validité autres que de forme, y compris les questions de justice ou d'équité.

Il y a eu une discussion générale quant à savoir s'il devrait y avoir une disposition explicite permettant aux juridictions de refuser de donner effet à une clause d'élection de for au motif de l'ordre public. Une telle disposition explicite ne figure pas dans les projets de Convention de 1999 ou de 2001, et le rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar sur l'Avant-Projet de Convention sur la Compétence Judiciaire et les Jugements Etrangers en Matière Civile et Commerciale (Document préliminaire No 11 d'août 2000), en page 42, indique que contrairement à la reconnaissance et à l'exécution, une exception générale d'ordre public pour le chapitre de compétence ne devrait pas être déduite. Néanmoins, la plupart des participants a semblé supposer que dans les cas réellement exceptionnels, leurs juridictions appliqueraient un contrôle d'ordre public de toute façon. Le groupe a donc suggéré que l'inclusion explicite d'une telle exception d'ordre public n'ajouterait aucun élément d'incertitude ou de discrétion. Ceci résultait de l'avis largement partagé qu'une telle exception d'ordre public ne devrait pas être limitée au consentement ou même aux clauses d'élection de for mais devrait s'appliquer à tout le chapitre sur la compétence (étant entendu que des chefs supplémentaires devraient être ajoutés pendant les débats du groupe). En général, on a fait remarquer que ce serait toujours l'ordre public de la juridiction effectivement saisie.

Cependant, bien qu'il ait semblé y avoir un consensus concernant toute clause de sauvegarde (à condition qu'il soit convenu d'en inclure une) devant être d'application stricte, une clause d'ordre public pure a été jugée trop restrictive par certains. Le besoin d'une clause particulière supplémentaire a donc été discuté. Bien qu'aucun consensus n'ait encore été atteint sur cette question, le groupe a néanmoins débattu de la rédaction possible d'une telle clause afin de faciliter la consultation.

Les possibilités de rédiger soit un catalogue comme celui en note 56 de la page 13 du Document préliminaire No 18, soit une liste d'éléments *ne rendant pas* une clause inéquitable/injuste/déraisonnable ont été mentionnées sans poursuivre plus avant.

Une suggestion concernant les « procédures abusives » n'a pas été poursuivie. La discussion s'est alors centrée sur l'inéquité manifeste et le déni de justice. Par ailleurs, la proposition d'une limitation explicite de l'application d'une clause éventuelle aux situations exceptionnelles a été soutenue. Certains membres du groupe ont alors proposé la formulation suivante :

« Dans des cas exceptionnels, un tribunal pourra refuser de donner effet à une convention d'élection de for si le fait de lui donner effet entraîne une injustice manifeste ».

A titre de réaction initiale, d'autres participants ont souligné que le tribunal ne devrait pas avoir de discrétion dans l'application de cette disposition.

5. Définition des affaires entre professionnels (B2B)

Puisque la discussion, lors de cette première réunion, était limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires B2B, le groupe a examiné une définition possible du B2B. Dans le choix entre l'accent sur la nature de l'opération et la qualité de la ou des parties, la préférence est revenue à l'opération comme élément décisif.

Le groupe a noté que le B2B pouvait être décrit soit en définissant positivement les opérations à inclure, soit en définissant négativement les opérations à exclure. En cherchant à combiner la définition négative figurant en article 2(a) de la CVIM avec des éléments du projet d'article 7(1) du Texte provisoire de 2001, le groupe a proposé le texte suivant comme point de départ :

« Le présent article ne s'applique pas aux conventions d'élection de for à l'égard des contrats conclus par les consommateurs ou contrats individuels de travail. Un contrat conclu par un consommateur est un contrat entre une personne physique qui agit principalement pour des fins personnels, familiaux ou domestiques, le consommateur, et une autre personne agissant pour les fins de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre deux consommateurs. »

Il a été souligné que les opérations réalisées par une entreprise dans le domaine des activités sociales ou philanthropiques dans les limites de sa charte sociale sont considérées comme étant « pour les fins de son activité professionnelle ou commerciale », de même que les achats de biens non caritatifs effectués par un organisme philanthropique dans le cadre de ses activités.

D'après cette définition, les opérations réalisées par des administrations publiques seraient également couvertes dans les cas où l'administration agit comme une entreprise privée. Les privilèges et immunités souverains visés en article 1(5) du Texte provisoire ont été jugés suffisants pour exclure les actes purement « gouvernementaux ».

Il y avait des éléments d'incertitude concernant la nécessité de définir les contrats de travail. Il a été jugé que les dirigeants de haut niveau contractant avec un employeur devraient relever du champ d'application de la Convention. Si certains participants ont rapporté que, en tout état de cause dans leurs pays, les termes « contrats de travail individuels » ne couvriraient pas ces contrats mais supposaient une relation de subordination et de dépendance dans le travail, d'autres systèmes de droit ont semblé appliquer une démarche différente.

Si certains participants étaient d'avis que les petites et moyennes entreprises (PME) nécessitaient une protection particulière, d'autres ont souligné la difficulté de les définir dans le cas d'un tel traitement particulier. En fonction de la décision qui sera prise à l'égard d'une clause de sauvegarde générale, il pourra être nécessaire de revenir sur cette question lors d'une réunion ultérieure.

Le groupe a rejeté la proposition d'inclure une présomption qu'une opération relevait du domaine B2B.

6. Restrictions et limites affectant la conclusion de clauses d'élection de for

a. Généralités

Le groupe a ensuite examiné d'autres limites affectant la liberté de conclure une clause d'élection de for pouvant exister en droit national et la manière de les traiter dans la Convention. Ces limites peuvent exister pour certains types de contrat (contrats de consommation ou de travail, contrats d'agence ou de franchise), comme déjà débattu en partie dans la rubrique précédente, mais également pour certains domaines relevant d'une compétence exclusive en droit national.

b. Restrictions pour certains types de contrat

Le groupe a décidé de laisser, pour le moment, les contrats de franchise, d'agence et d'assurance dans le champ d'application et de consulter quant à leur exclusion éventuelle et, le cas échéant, à la nécessité de définitions.

Une brève discussion quant à la possible ré-insertion des questions maritimes a eu lieu. Si de nombreux participants ont jugé que des Conventions spécifiques couvraient la question d'une manière suffisante et ne voyaient aucun besoin de l'inclure ici, d'autres ont suggéré de nouvelles consultations sur cette question. En outre, il a été souligné que l'on trouve d'autres domaines spécifiques auxquels la Convention ne devrait pas s'appliquer en définitive parce qu'il existait déjà des instruments comportant des règles concernant les clauses d'élection de for pour ces domaines (par exemple, transport routier de voyageurs, bagages et marchandises couvert par deux Conventions spécifiques de l'Union Internationale des Transports Routiers (IRU)⁵ ; travaux de la CNUDCI sur les règles du transport multimodal⁶, droit communautaire des assurances). Au lieu d'énumérer les sujets spécifiques comme exclusions du champ d'application, le groupe semble préférer traiter la question au moyen d'une clause sur les rapports avec d'autres conventions ou instruments (spécifiques). Il a été signalé, cependant, qu'il y a très peu de parties à l'une des conventions sur le transport routier. La question sera ré-examinée ultérieurement (voir également ci-dessous, p.15 et s.).

c. Compétence exclusive en droit national⁷

1. Généralités

Le groupe a noté que probablement tous les droits nationaux connaissent des règles de compétence exclusive pour certaines matières particulières. Dans ces domaines, la liberté des parties de choisir une juridiction en est limitée. Le groupe a supposé que la plupart des Etats jugerait opportun de conserver au moins certaines de ces limites à l'autonomie des parties également dans le champ d'application de la présente convention. Tant que le groupe examinait la seule disposition concernant l'élection de for (c'est à dire, tant qu'il n'y avait aucune règle harmonisant les règles de compétence exclusive au sein de la convention), il serait donc nécessaire de discuter plus avant des domaines soumis aux règles nationales de compétence exclusive qui pourraient en être affectés.

Si le contentieux relatif aux droits réels immobiliers semblait constituer un dénominateur commun, il y a eu de grandes divergences par ailleurs. Les domaines mentionnés comme relevant d'une compétence exclusive en droit national comprennent les ressources naturelles, les co-entreprises étrangères, le domaine public et les registres publics. Etant données ces divergences et le nombre limité d'Etats présents, il a été demandé au Bureau Permanent d'envoyer un questionnaire demandant quelles règles de compétence exclusive existaient dans les Etats concernés et lesquels de ces domaines les Etats souhaiteraient voir exclus de la liberté de conclure des conventions d'élection de for en application de la convention.

Bien qu'il y ait eu un consensus sur le fait que certaines exclusions de ce type seraient

⁵ Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) du 19 mai 1965 ; Convention relative au contrat de transport international de voyageurs et de bagages par route (CVR) du 1er mars 1973.

⁶ Note du Bureau Permanent : il faut cependant mentionner qu'aucune décision définitive n'a encore été prise quant à l'inclusion de règles de compétence dans cet instrument.

⁷ Veuillez noter que la Propriété Intellectuelle est traitée sous une rubrique distincte ci-dessous.

nécessaires, il n'y en a eu aucun relatif au moyen d'y parvenir. En définitive, le groupe a défini deux moyens possibles de traiter le problème : soit une large exclusion de nombreuses matières du champ d'application (de la convention dans son ensemble ou de l'article 4, en fonction du nombre de règles de compétence à inclure dans la convention), soit un petit groupe d'exclusions, à compléter d'une réserve / déclaration éventuelle par les Etats qui souhaitent exclure un domaine que d'autres Etats préfèrent peut-être inclure dans le champ d'application. Le système de réserve / déclaration pourrait être fermé (c'est à dire, les domaines pouvant être réservés seraient énumérés dans la disposition de la convention permettant cette réserve) ou être une liste ouverte, laissant à la seule discrétion de chaque Etat la définition des matières que celui-ci souhaite voir exclues. Si une déclaration / réserve est choisie, la plupart des experts ont exprimé une préférence pour une liste limitative d'exclusions autorisées afin de favoriser l'harmonisation et la sécurité juridique.

2. Propriété intellectuelle

Le groupe a reconnu qu'en vertu de la plupart des lois nationales, la liberté des parties de conclure des conventions d'élection de for était limitée en ce qui concerne la question de la validité des brevets, marques (déposées ou non), et autres droits de propriété industrielle déposés. Il appartient généralement à l'Etat de dépôt (ou, dans le cas de marques non déposées, à l'Etat pour le territoire duquel la protection est demandée) de trancher à l'égard de la validité. Pour ces droits, la question de la validité est souvent soulevée à titre de question incidente ou liminaire en défense dans les affaires de contrefaçon et, dans une moindre mesure, dans les affaires de licence également, et il est difficile de départager la validité des autres questions pouvant relever d'une convention d'élection de for. Le groupe a donc tendu à exclure ces droits en général du champ d'application d'une règle concernant les conventions d'élection de for.

Le groupe a jugé, provisoirement, qu'il en serait autrement des droits d'auteur, pour plusieurs raisons. Si pour les brevets et marques déposées, il était entendu que les décisions concernant la validité d'un droit créé par un acte étatique devraient être prises par les seules autorités de cet Etat, la validité n'est généralement pas en cause dans le contentieux des droits d'auteur, et de plus, l'enregistrement bien que parfois possible n'est généralement pas déterminant pour la création du droit en tant que tel. Le droit national ne comporte donc généralement pas de compétence exclusive en matière de droits d'auteur.

Plus important, toutefois, est l'argument établissant que dans une convention d'élection de for, il s'agit d'un contentieux entre deux parties disposant d'un contrat entre elles. Ainsi, il se peut que les préoccupations exprimées notamment par les Fournisseurs d'Accès Internet (FAI) à l'égard de la compétence délictuelle en vertu de l'article 10 du texte de 2001 ne soient pas pertinentes dans ce contexte. Les FAI craignaient de pouvoir être poursuivis dans le monde entier dans les affaires comportant une allégation de contrefaçon en ligne à des droits de propriété intellectuelle, et, du fait des différences dans les règles de droit international privé et de droit matériel, éventuellement condamnés à l'étranger alors qu'ils ne le seraient pas dans leur ressort d'origine. Les consommateurs exprimaient des préoccupations semblables parce que ce qui relèverait de l'usage légitime, de la liberté d'information ou des limites légales au droit d'auteur dans leur pays d'origine, leur permettant donc de faire un certain usage d'un droit de propriété intellectuelle étranger, peut être illicite dans d'autres pays. S'il existe une compétence dans ces pays et si le jugement peut être exécuté en vertu de la Convention, ils risqueraient d'être condamnés en contrefaçon.

Dans ces affaires, cependant, il n'y a normalement pas de relation contractuelle entre le titulaire du droit et le contrefacteur allégué. S'il n'y a pas d'accord contractuel entre les parties, il n'y a pas non plus de clause d'élection de for. Le contentieux relatif à la contrefaçon ne relèverait donc du champ d'application de cet article que dans le contexte d'un litige concernant les stipulations d'une licence. Un tel contentieux relatif aux contrats de licence de droits d'auteur n'avait pas donné lieu à des préoccupations semblables à celles des FAI et consommateurs, comme indiqué ci-dessus, en 2001. Lorsqu'un contrat de licence comporte une clause d'élection de for, le groupe a, par conséquent, jugé souhaitable de renforcer une telle clause en l'incluant dans le champ d'application de la Convention.

Le groupe a donc proposé, à titre préliminaire, d'inclure les droits d'auteur mais d'exclure les

brevets, marques (déposées ou non) et autres droits de propriété industrielle déposés d'une éventuelle règle relative aux clauses d'élection de for, et de consulter les parties intéressées à cet égard.

IV. QUELLE JURIDICTION DÉCIDE ?

A plusieurs reprises, le groupe a débattu de la question de savoir si toutes les questions soulevées dans le présent rapport ou certains d'entre elles devraient être tranchées par toute juridiction effectivement saisie, ou si certaines ou la totalité des questions devraient être laissées à la seule juridiction choisie.

Si une limitation générale à la juridiction choisie a été rejetée et, pour la question du consentement, une règle de conflit de lois a été proposée à titre d'harmonisation moins étendue mais plus réaliste, la question a été brièvement soulevée de nouveau concernant la clause d'ordre public et/ou d'injustice manifeste. Ici, à titre d'alternatives à « tout tribunal » et « le tribunal choisi », ont été débattus les termes suivants : « un tribunal doté d'un lien réel et matériel avec le litige » ; « un tribunal du lieu de résidence de l'une des parties », et « le tribunal saisi mais non choisi ». Aucun résultat sur cette question n'a encore été atteint.

V. COMPÉTENCE RATIONAE PERSONAE CONTRE COMPÉTENCE RATIONAE MATERIAE

En 2001, il y avait certaines préoccupations selon lesquelles la Convention pourrait contraindre des juridictions compétentes, en vertu de la Convention selon une clause d'élection de for valable, à connaître d'une affaire bien que, en vertu du système interne de répartition de compétence dans l'Etat concerné, elles n'aient pas de compétence *rationae materiae*. Il a donc été proposé, en 2001, d'inclure en article 4(1), 1^{ère} phrase les mots « sous réserve de la compétence en raison de la matière » (voir notes 19 et 21 au Texte provisoire) ou de viser « les tribunaux d'un Etat contractant » au lieu d' « un tribunal d'un Etat contractant ». Comme indiqué en note 19, si l'idée qu'une clause d'élection de for ne pouvait conférer de compétence qu'à l'égard de la personne du défendeur et non à l'égard de la matière hors de la compétence du tribunal choisi était généralement acceptée, des doutes subsistaient quant à la nécessité ou au bien-fondé des propositions.

A cet égard, sur le fondement d'une suggestion présentée par un participant à la Conférence diplomatique de 2001, le Bureau Permanent a proposé l'inclusion d'une clause générale (voir p.14 du Document préliminaire No 19), comme suit : « Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence *rationae materiae* » soit en article 4, soit s'il doit y avoir d'autres chefs de compétence en liste blanche, à titre de règle générale régissant tout le chapitre sur la compétence.

Certains participants ont souligné la difficulté à distinguer les compétences *rationae materiae* et *rationae personae*. S'il avait toujours été déclaré que la convention traitait de la seule compétence *rationae personae*, la totalité de l'ancien article 12 sur la compétence exclusive, par exemple, concernait, selon eux, la seule compétence *rationae materiae*. Ils ont donc proposé l'ajout des termes « ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un Etat contractant » à la proposition en page 14 du Document préliminaire No 19.

Au cours des débats, certains doutes se sont immiscés quant à savoir si cela permettrait également à une juridiction choisie d'un Etat avec deux systèmes de compétence parallèles (par exemple, juridictions d'état et fédérales) de renvoyer une affaire aux juridictions de l'autre groupe dans une affaire où la juridiction choisie était également compétente *rationae materiae*. Cela a été jugé très inopportun par la plupart des participants. Pour certains, cela revenait à réintroduire le principe de *forum non conveniens* ou un pouvoir discrétionnaire semblable de déclinier une compétence existante. Ces participants souhaitent donc que la règle ne s'applique que lorsque la juridiction choisie est dépourvue de compétence *rationae materiae*.

Il a été demandé au Bureau Permanent, assisté des contributions des participants, de rechercher plus avant quels mécanismes et latitudes pourraient exister en droit national pour retirer une affaire à la juridiction choisie à titre exclusif au profit d'une autre en rapport avec la répartition interne de compétence.

VI. MESURES PROVISOIRES

De nombreux participants au groupe de travail informel se sont prononcés en faveur des principes suivants :

- ✂ Les juridictions autres que la juridiction choisie à titre exclusif devraient avoir la possibilité d'accorder des mesures provisoires lorsqu'elles sont compétentes en droit national.
- ✂ Il a été jugé trop ambitieux de *contraindre* les Etats dans la Convention à attribuer une compétence en matière provisoire à l'appui de procédures pendantes dans d'autres Etats (c'est à dire, pour surmonter la limite imposée par le Conseil privé en appel depuis Hong Kong dans l'affaire *Mercedes Benz AG c. Leiduck* [1196] 1 AC 284, selon laquelle la compétence pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires ne peut résulter de la seule présence des actifs dont la sauvegarde est demandée ; une compétence matérielle est nécessaire). Une simple *autorisation* a été jugée suffisante et réaliste.
- ✂ Etant donnée la pratique divergente en application de la Convention de New York, cela devrait être explicite.
- ✂ De telles mesures devraient être provisoires et conservatoires afin de ne pas représenter des mesures au fond (par exemple, paiement direct au créancier/demandeur).
- ✂ Elles devraient cependant aller au-delà d'une simple protection de la demande *au fond*, notamment aussi en vue d'assurer le paiement des *dépens*.
- ✂ Cette règle ne devrait cependant pas permettre les injonctions anti-poursuites au détriment de la procédure devant la juridiction choisie à titre exclusif.

En ce qui concerne la rédaction, il a été proposé de copier les articles 13(1) et (2) du Texte provisoire de 2001 afin d'explicitier que :

- ✂ un tribunal compétent au fond en vertu de la Convention pourrait également ordonner des mesures provisoires ;
- ✂ un tribunal incompétent au fond en vertu de la Convention pourrait ordonner certains types de mesures provisoires limités et conservatoires, à harmoniser par la Convention lorsque le droit national prévoit une compétence.

Une autre rédaction, plus brève, visant à exprimer des principes semblables a été proposée, comme suit :

« *Aucune disposition de la présente convention n'interdira à un tribunal d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires à l'appui du règlement d'un litige soumis ou à soumettre au tribunal choisi*⁸. »

Si la première proposition accorde explicitement au tribunal choisi une compétence pour ordonner des mesures provisoires, la seconde laisse la question au droit national. Ainsi, d'une certaine manière, une distinction semblable à celle débattue pour les juridictions autres que le tribunal choisi (c'est à dire, création autonome de compétence dans la Convention ou simple autorisation pour le droit national de la prévoir) semble exister ici.

VII. CLAUSE EXCLUSIVE D'ÉLECTION DE FOR ET FORUM NON CONVENIENS

Le groupe a débattu de l'opportunité d'avoir un pouvoir discrétionnaire, par exemple celui résultant du principe de *forum non conveniens*, pour la juridiction choisie à titre exclusif. Si de nombreux participants l'ont vivement rejeté, déclarant que l'accord atteint en 1999 sur cette question était la base de toutes nouvelles négociations, d'autres ont considéré que leur volonté à renoncer au pouvoir discrétionnaire existant en droit national serait liée à l'exigence d'un élément international ou plus précisément, d'un lien entre l'affaire et l'Etat de la

⁸ Après la réunion il a été mentionné que la seconde proposition devrait peut-être viser « le tribunal compétent en vertu de la présente Convention » au lieu du « tribunal choisi » afin de couvrir également la situation suivante débattue dans la rubrique concernant la compétence *rationae personae* ou *rationae materiae* : les parties ont choisi un tribunal X dans l'Etat A, mais en vertu des règles de compétence *rationae materiae* et/ou territoriale de l'Etat A, il appartiendrait au tribunal Y, plutôt qu'au tribunal X (les deux étant situés dans l'Etat A), de connaître de l'affaire.

juridiction choisie.

Le groupe a décidé de revenir sur cette question lors de sa prochaine réunion.

VIII. CLAUSE EXCLUSIVE D'ÉLECTION DE FOR ET LITISPENDANCE

Il a été largement reconnu, en principe, qu'une situation de litispendance, c'est-à-dire une concurrence entre deux juridictions saisies de la même affaire *en vertu de la Convention*, ne peut survenir tant qu'il n'y a qu'un seul chef de compétence en liste blanche relatif aux clauses d'élection de for, et dans le cas d'espèce, la clause est exclusive. Dans ce cas, seules les juridictions d'un Etat unique peuvent licitement être saisies en application de la Convention.

Le groupe a donc de nouveau confirmé le principe matérialisé par l'article 21(1) *in fine* qui dispose que lorsqu'une juridiction non choisie a été saisie en premier, la compétence exclusive de la juridiction choisie fait échec à l'antériorité (le principe sous-jacent au règlement des situations de litispendance dans les systèmes de droit civil). Si, par contre, la juridiction choisie est celle saisie en premier, elle continuera de connaître de l'affaire même si l'une des parties saisit une autre juridiction.

La discussion de la nécessité d'un mécanisme complet sur le modèle de (certaines parties au moins de) l'article 21 du Texte provisoire de 2001 pour traiter ces situations a été repoussée à une prochaine réunion après la discussion des clauses non exclusives d'élection de for.

Il a été mentionné toutefois que si aucun mécanisme de litispendance n'était nécessaire en fin de compte, il pourrait être préférable d'inclure au moins une clause contraignant la juridiction non choisie à renvoyer l'affaire, en utilisant certains éléments de l'article II(3) de la Convention de New York comme modèle, et également dans les situations où l'une des parties conteste la validité de la clause. Il a été souligné que la clause ne devrait pas indiquer explicitement si la juridiction non choisie ne devrait que surseoir à statuer / suspendre la procédure jusqu'à ce que la juridiction choisie se reconnaisse compétente en vertu de la clause, ou si elle devrait se dessaisir de l'affaire immédiatement. L'impression était que cela devrait relever du droit national.

Un participant a proposé que, dans un cas où le défendeur est défaillant devant une juridiction saisie en premier mais non choisie, l'existence d'une clause d'élection de for indiquant un autre Etat devrait ne pas être prise en compte. D'autres n'étaient pas d'accord. Le groupe n'a cependant pas donné suite à une proposition d'ajouter l'exigence d'une demande par l'une des parties. Il semble donc qu'il appartiendra au droit national de la juridiction saisie de régler ces situations.

Le groupe a également envisagé la possibilité de rédiger ultérieurement des modèles de clause d'élection de for qui pourraient figurer en Annexe à la Convention ou dans le rapport. Les clauses type d'arbitrage pourraient servir d'exemple.

IX. RELATIONS AVEC DES CONVENTIONS SPECIFIQUES

Une clause classique du droit des conventions internationales permet souvent aux règles de compétence ou de reconnaissance et d'exécution figurant dans des conventions spécifiques à certains objets (responsabilité en matière nucléaire, transport, etc.) de prévaloir sur les règles de conventions générales régissant la compétence, la reconnaissance et l'exécution sans égard à l'objet. Cependant, tant que la Convention de La Haye était limitée aux clauses d'élection de for, certains participants doutaient alors si les Conventions existantes dans des domaines particuliers devaient prévaloir.

Afin d'évaluer si les conventions existantes permettent de dévier de la règle traditionnelle de préférence à l'effet d'une éventuelle Convention sur les clauses d'élection de for, il a été demandé au Bureau Permanent d'effectuer des recherches sur certaines conventions (par exemple, la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929 ; la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, modifiée par le Protocole Additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982 ; la Convention UNIDROIT sur les garanties internationales portant sur des matériels

d'équipement mobiles du 16 novembre 2001 et son protocole de même date portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques ; ainsi que les instruments relatifs au transport mentionnés en page 11 du présent rapport, et autres).

X. DÉCONNEXION

Concernant d'autres instruments généraux relatifs à la compétence, la reconnaissance et l'exécution, le groupe a examiné la question d'un chevauchement potentiel - avec une formulation semblable à celle en articles 2(1), 2(1)(a), et 4 du Texte provisoire - avec les instruments européens applicables dans les Etats Membres de l'Union européenne et au-delà (les Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la Compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale des 27 septembre 1968 et 16 septembre 1988, ainsi que le Règlement du Conseil No 44/2001 (CE) du 22 décembre 2000 sur les mêmes questions). Un participant a présenté un jeu de schémas illustrant les diverses situations (voir Annexe II). Il en résulte clairement qu'une seule situation (la situation No III) existe où, selon leurs termes, les instruments européens et la Convention de La Haye s'appliqueraient à la fois. Pour cette situation, une décision de politique sera nécessaire quant aux dispositions qui devraient prévaloir, et il sera nécessaire de rédiger une disposition en conséquence.

Le chevauchement potentiel survient dans la situation suivante :

~~La~~ La juridiction choisie est dans un Etat partie à la fois aux instruments européens et à la Convention de La Haye (CH).

~~L'une~~ L'une des parties a son domicile/résidence habituelle dans un Etat partie à l'instrument européen et l'autre dans un Etat CH qui n'est pas partie aux instruments européens.

Le groupe n'a soulevé aucune objection à ce que la CH devrait s'appliquer dans ces situations. Cependant, les participants des Etats Membres de l'Union européenne ont souligné qu'ils s'exprimaient à titre personnel, que la Communauté européenne avait une compétence externe à cet égard et que la Communauté en tant que telle n'avait pas encore de position commune sur cette question.

Il a été rappelé que d'autres instruments régionaux de nature générale tels que, entre autres, les interaméricains (la Convention de La Paz ; la Convention sur la validité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères du 8 mai 1979 [Convention de Montevideo] ; les instruments MERCOSUR ; ainsi que les instruments de la Ligue arabe) devraient être envisagés ici. L'opinion selon laquelle l'article 8 de la Convention de La Paz qui dispose que « Les règles figurant dans la présente Convention ne limiteront pas de dispositions plus larges figurant dans des conventions bilatérales ou multilatérales entre les Etats parties relativement à la compétence dans le domaine international, ou les pratiques plus favorables à l'égard de la validité extraterritoriale des jugements étrangers » peut ne pas permettre aux Etats parties d'accorder la priorité à une Convention plus limitée traitant de compétence fondée sur les seules clauses d'élection de for, a été exprimé.

Il a été demandé au Bureau Permanent, avec l'aide de participants du groupe en vue de fournir des éléments, d'effectuer des recherches supplémentaires sur ces conventions générales à disjointre.

XI. BILATÉRALISATION

La proposition selon laquelle aucune bilatéralisation n'est nécessaire pour qu'un système fondé sur les clauses d'élection de for fonctionne parmi les Etats contractants n'a rencontré aucune objection.

XII. COMPTE-RENDU DE RÉUNION ET PUBLICITÉ DES DISCUSSIONS ET CONCLUSIONS

Les participants ont demandé au Bureau Permanent d'établir une liste de diffusion des membres du groupe de travail informel afin de faciliter leurs discussions. Un projet de compte-rendu de réunion serait d'abord adressé aux participants pour observations, puis affiché sur le site Internet de la Conférence de La Haye.

ANNEXE I

1. Formulations proposées par le groupe à titre provisoire (sous réserve d'amendements de la rédaction).

« La Convention ne détermine pas la loi applicable à la capacité des parties. »

« En l'absence d'un choix de loi par les parties, la loi interne du tribunal choisi [par les parties] déterminera si une partie a consenti à la convention. »

« Le présent article ne s'applique pas aux conventions d'élection de for à l'égard des contrats conclus par les consommateurs ou contrats individuels de travail. Un contrat conclu par un consommateur est un contrat entre une personne physique qui agit principalement pour des fins personnels, familiaux ou domestiques, le consommateur, et une autre personne agissant pour les fins de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre deux consommateurs. »

2. Projet préliminaire d'exigences quant à la forme des clauses d'élection de for soumise par le Bureau Permanent pendant la réunion

Le projet est fondé sur l'article 4(2) du Texte provisoire de 2001. Les ajouts convenus par le groupe sont en caractères gras. Les éléments provenant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 qui, en 2001, n'avaient pas encore été incorporés, sont ajoutés en italiques entre crochets afin de faciliter la consultation quant à l'opportunité de leur inclusion.

« Article 4 Election de for

(...)

2. Une telle convention au sens du paragraphe premier est valable en la forme **uniquement** si elle a été conclue :

- a) par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible [*sous forme de message de données*] pour être consultée ultérieurement ;
- b) oralement et confirmée par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible [*sous forme de message de données*] pour être consultée ultérieurement ;
- c) conformément à un usage régulièrement suivi par **ces parties** ; **ou**
- d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

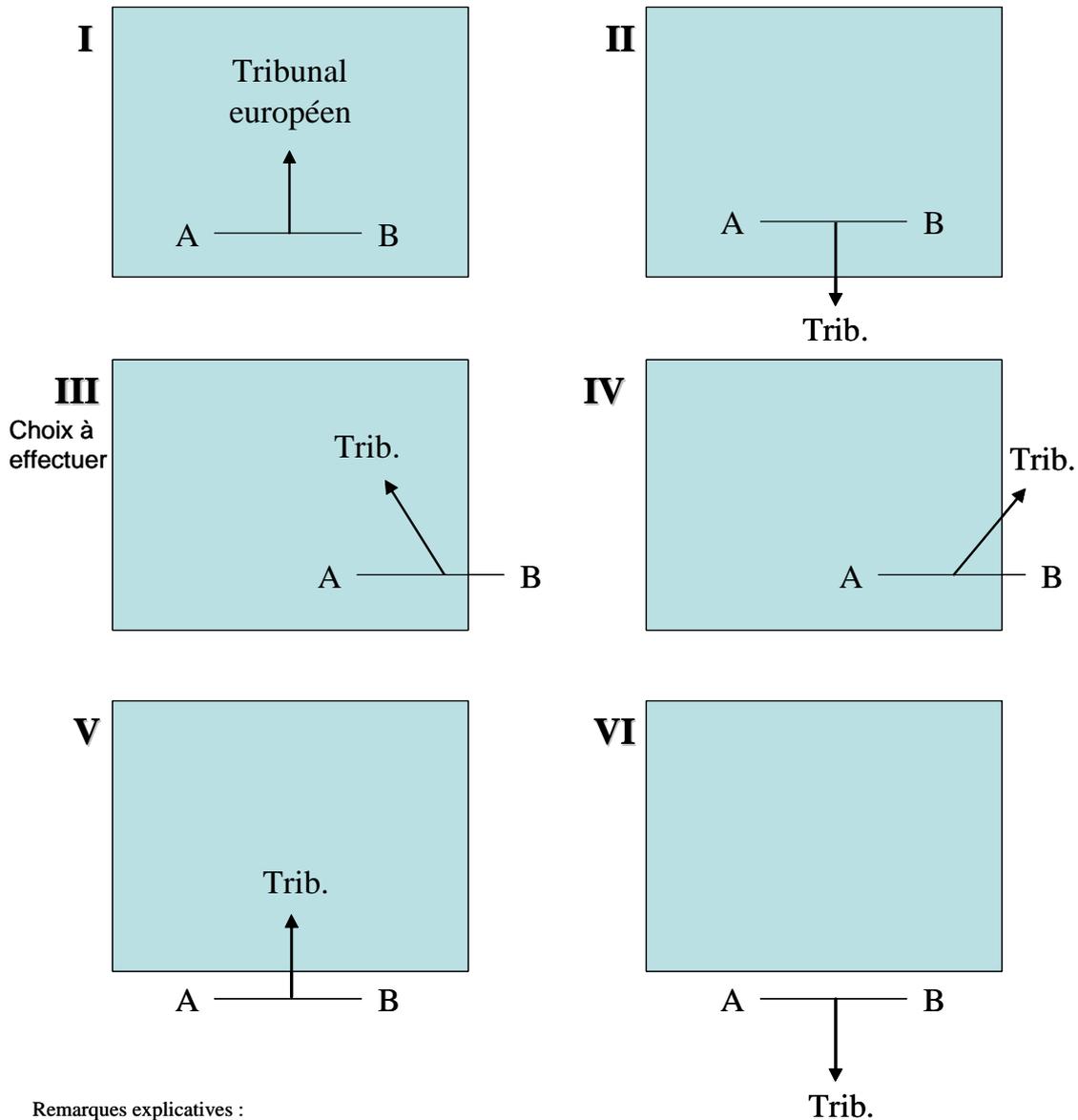
[Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.] »

3. Dernière version d'une note pour discussion sur une clause de sauvegarde, présentée par certains participants

« Dans des cas exceptionnels, un tribunal pourra refuser de donner effet à une convention d'élection de for si le fait de lui donner effet entraînerait une injustice manifeste ».

ANNEXE II

DÉCONNEXION



Remarques explicatives :

Le carré représente le territoire sur lequel les instruments européens s'appliquent en général.

Selon les termes des règles d'élection de for dans les instruments européens et le projet de La Haye :

- dans la situation I, seuls les instruments européens s'appliqueraient ;
- dans les situations II, IV, V et VI, seule la règle de La Haye s'appliquerait ;
- dans la situation III, selon leurs termes, les deux ensembles de règles s'appliqueraient. Il sera donc nécessaire de prendre une décision de politique.